Das Wesen und die Wirkung der aufschiebenden Einreden.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Bär Utiewskij

aus Gomel (in Rußland).

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1909.

Meinem Vater

und

meiner Mutter

in

Liebe und Dankbarkeit

gewidmet

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546813_0014

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. A. Einleitung 1

B. Die Theorie des Verzugsausschlusses.

§ 2. Die Theorie 5

Die Kritik der Theorie des Verzugsausschlusses 6

§ 3. a) Die Bedeutung der Materialien für die Entscheidung der Streitfrage 6

§ 4. b) Die Hinausschiebung der Fälligkeit der Nachlaßforderungen 11

§ 5. c) Die Geltendmachung der Einreden aus §§ 2014, 2015 und der § 285 BGB. 16

§ 6. d) Der Annahmeverzug des Erben 21

C. Die Theorie des Verzugseintrittes.

§ 7. Die Theorie 24

Die Gründe der Theorie des Verzugseintrittes, ihre Kritik und Gegenkritik 30

§ 8. a) Die Bedeutung des § 202 BGB. für die Entscheidung der Streitfrage 30

§ 9. b) Das Verhältnis des § 782 ZPO. zu den §§ 2014, 2015 BGB. 33

§ 10. c) Der Unterschied zwischen dem „Recht, eine Leistung zu verweigern", und dem Recht, „die Berichtigung einer Verbindlichkeit zu verweigern" 37

§ 11. d) Aufrechnung der Forderungen, denen die Einreden aus §§ 2014, 2015 entgegenstehen 42

§ 12. e) Die Theorie Müllers 43

D. Praktische Konsequenzen der beiden Theorien mit Rücksicht auf die Billigkeitserwägungen.

§ 13. a) Einleitendes 45

§ 14. b) Billigkeitserwägungen der Kommission zur Beratung des Entwurfes zweiter Lesung 47

§ 15. c) Das Rücktrittsrecht der Nachlaßgläubiger 53

§ 16. d) Verzugs- und Prozeßzinsen 59

§ 17. e) Die Vertragsstrafe 63

§ 18. f) Gefahrtragung 65

§ 19. E. Anwendungsgebiet der Einreden aus §§ 2014, 2015 67

§ 20. F. Prozeßrechtliche Gestaltung 72

§ 21. G. Andere Rechte 76

§ 22. H. Ergebnisse 78

Literaturverzeichnis.

Bendix, Das deutsche Privatrecht auf Grund des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches. 1899.

Binder, Die Rechtsstellung des Erben. 3 Teile. 1903—1905.

Boehm, Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Aufl. 1900.

Borcherdt, Das Erbrecht und die Nachlaßbehandlung. 2. Aufl. 1907.

de Claparede, Die Lehre vom Leistungsverzug. 1903.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 4. Aufl. Bd. 2. 1903/04.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1 1900, Bd. 2 1902.

Denkschrift zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Guttentag 1896.

Dernburg, Pandekten. Bd. 1 u. 2. 1900.

Dernburg, Das bürgerliche Recht. Bd. 1—5. 1902—1905.

Dernburg, Geschichte und Theorie der Kompensation. 2. Aufl. 1868.

Dernburg in der Deutschen Juristenzeitung 1905 S. 8.

Eccius, Haftung des Erben für Nachlaßverbindlichkeiten. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 43 1899.

Eccius bei Gruchot Bd. 44 1900, Bd. 49 1905.

Eck, Die Stellung des Erben. Berlin 1890.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1. u. 2. Aufl. 1903/04.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1 9. Aufl. 1903, Bd. 3 3.—5. Aufl. 1899.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. 2. Aufl. 1901.

Engländer, Aufgebot der Nachlaßgläubiger. 1906.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. (zit.: RG.)

Fischer, Recht und Rechtsschutz. 1889.

Friedenthal, Einwendung und Einrede. 1898.

Frommhold, Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1900.

Fuchs in Buschs Zeitschrift für den deutschen Zivilprozeß Bd. 23 S. 445.

Fuchs im Recht 1905 S. 339, 425.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung. 9. Aufl. 1907.

Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Vorträge. 2. Aufl. 1900.

Hedemann im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 31. 1908.

Hellwig, Anspruch und Klagerecht. 1900.

Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. 1. 1903.

Hagen in Iherings Jahrbüchern Bd. 42 S. 43 ff.
Herzfelder in Staudingers Kommentar Bd. 5. (zit.: Herzfelder.)
Herzfelder in der Deutschen Juristenzeitung 1905 S. 61.
Hölder im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 93 S. 131 ff.
Hölder, Anspruch und Klagerecht. In Buschs Zeitschrift Bd. 29 S. 50—85.
Jaeger, Erbenhaftung und Nachlaßkonkurs. 1898.
Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung. 3. u. 4. Aufl. 1907.
Jahrbücher des deutschen Rechts.
Jungherr, Haftung aus schuldlosem Handeln. Jena 1902.
Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1, 2. 1904—1906.
Kohler in Iherings Jahrbüchern Bd. 17 S. 261 ff.
Kohler, Archiv für bürgerliches Recht Bd. 13.
Kohler in Buschs Zeitschrift Bd. 28 S. 1—50.
Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 2. 1900. (zit.: Kuhlenbeck, BGB.)
Kuhlenbeck in Staudingers Kommentar Bd. 2 allgem. Teil 1906. (zit.: Kuhlenbeck.)
Landsberg, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2 Bde. 1904.
Langheineken, Anspruch und Einrede. 1903.
Liebe, Das bürgerliche Recht. Bd. 2. 1904.
Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 2. 5. Aufl. 1900.
Neumann, Der Verzug des Schuldners. 1908.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches.
Müller, Zu den §§ 2014, 2015. In der Deutschen Juristenzeitung 1905 S. 685.
Münchmeyer, Haftung des Erben und Miterben. 1899.
Nauenburg, Die Wirkung des Aufgebots der Nachlaßgläubiger. 1906.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 4. Aufl. 1905.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1906.
Paech, Leistungsverzug nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1902.
Petrazycki, Lehre vom Einkommen. Bd. 2. 1895.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1—5. 3. Aufl.
Protokolle zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. (zit.: ROLG.)
Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 1899—1903.
Römer in der Deutschen Juristenzeitung 1907 S. 873 ff.
Rosenberg in Iherings Jahrbüchern Bd. 43.
Saleilles, Einführung in das Studium des deutschen bürgerlichen Rechts. Übersetzt von R. Leonhard. 1905.
Schefold, Die erbrechtliche Haftungsbeschränkung und der Zivilprozeß. 1902.
Scherer, Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1900.
Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse. Erste Hälfte. 1900.
Siber, Der Rechtszwang in Schuldverhältnissen. 1903.
Sohm, Bürgerliches Recht. In der Systematischen Rechtswissenschaft. (Sammlung „Kultur der Gegenwart".)
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1—5. 3. u. 4. Aufl.

Strohal, Das deutsche Erbrecht. 2 Bde. 3. Aufl. 1904. (zit.: Strohal, Erbrecht.)
Strohal in Plancks Kommentar Bd. 5. (zit.: Strohal.)
Weyl, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch. 2 Bde. 1898—1900.
Weyl, System der Verschuldensbegriffe im Bürgerlichen Gesetzbuch. 1905.
Wendt im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 86.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch der Pandekten. 1906.
Winterfeld, Aufschiebende Einreden des Erben und der Leistungsverzug. 1907.
Zitelmann, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Allgem. Teil. 1900.

A. Einleitung.

§ 1.

Noch im Jahre 1889 hat Fischer, bei der Beurteilung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches, die Meinung geäußert, daß gewisse Bestimmungen aus dem Entwurfe gestrichen werden müssen, da sie nicht dem materiellen Rechte, sondern dem Prozeßgesetze angehören. Unter diesen Bestimmungen waren auch die Vorschriften des § 2130 1. Entw., die später als §§ 2014, 2015 BGB. Gesetz geworden sind. Dieses Verlangen entsprach der Meinung Fischers, daß das Bürgerliche Gesetzbuch rein von prozessualen Vorschriften erhalten werden müsse, und daß dagegen diejenigen Vorschriften, die zwar materiellrechtlicher Natur sind, aber die Wirkungen prozessualer Vorgänge regeln oder sonstwie prozessuale Vorschriften zur Voraussetzung haben, in die Zivilprozeßordnung aufzunehmen seien.[1])

Dem Verlangen Fischers wurde nicht Folge geleistet, und die Bestimmungen finden sich, wie erwähnt, im Bürgerlichen Gesetzbuch als „aufschiebende Einreden" (ein Ausdruck, der übrigens von dem Gesetz nur an dieser Stelle gebraucht wird) bezeichnet. Das Bürgerliche Gesetzbuch bestimmt in den §§ 2014, 2015, daß der Erbe bis zum Ablaufe der ersten drei Monate nach der Annahme der Erbschaft (jedoch nicht über die Errichtung des Inventars hinaus) berechtigt ist, die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten zu verweigern (§ 2014 BGB.). Dasselbe Recht steht dem Erben zu, wenn er innerhalb eines Jahres nach der Annahme der Erbschaft den Antrag auf Erlassung des Aufgebots der Nachlaßgläubiger gestellt hat (und der Antrag zugelassen ist), bis zur Beendigung des Aufgebotsverfahrens (§ 2015 Abs. 1 BGB.). Diese Vorschriften gelten nur dann, wenn der Erbe nicht unbeschränkt

[1]) Fischer a. a. O. S. 9.

haftet, und greifen nicht Platz gegenüber gewissen, in § 2016 Abs. 2 näher bestimmten Personen.

Auch die Wissenschaft ist Fischers Ansicht nicht gefolgt und hat diese Einreden für materiellrechtliche dilatorische erklärt.[1]) Man hat daraus auch den Schluß gezogen: die Geltendmachung dieser Einreden schließt während der in den §§ 2014, 2015 BGB. bezeichneten Fristen den Verzug des Erben aus. Auch die Praxis hat sich in übereinstimmenden,[2]) wenn auch nicht zahlreichen Entscheidungen[3]) dieser Ansicht angeschlossen, und nun ist sie nicht nur die herrschende, sondern eine Zeitlang auch die alleinige geblieben. Es sei noch bemerkt, daß die Wissenschaft die Frage, ob es wirklich einen Grund gibt, den Verzug des Erben anzunehmen, weder aufgestellt noch eingehend untersucht hat. Interessant ist auch, daß die Wissenschaft trotz ihrer einstimmigen Meinung die Terminologie des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht angenommen und anstatt des Ausdruckes „aufschiebende Einreden" eine ganze Menge verschiedener anderer gebildet hat. Die Einreden aus §§ 2014, 2015 werden von Kipp „Einreden der ersten drei Monate und des schwebenden Aufgebotsverfahrens", von Stein „Dreimonatseinwand", von Scherer „Stundungseinrede" usw. genannt, die entsprechenden Fristen als „Respektfrist" (Ennecerus-Lehmann), „Überlegungsfrist" (Neumann), „Verweigerungsfrist" (Liebe), „Schonfrist" (Endemann), „Schonzeit" (Kuhlenbeck) bezeichnet. Dernburg nennt die Einreden aus §§ 2014, 2015 „Erbenmoratorien". Viele Autoren, die über die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten und über die „aufschiebenden Einreden" geschrieben haben, haben die Frage von der rechtlichen Natur der Einreden und dem Verzuge über-

[1]) Für die materiellrechtliche Natur (und den Verzugsausschluß): Bendix a. a. O. S. 800; Binder a. a. O. Teil 2 S. 110; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 5 S. 471 IV; Engländer a. a. O. S. 28 ff.; Kipp bei Windscheid Bd. 3 S. 498; Kohler, Lehrb. Bd. 2 S. 87 Anm. 1; Kuhlenbeck, Bürgerl. R. Bd. 2 S. 505; Langheineken a. a. O. S. 355; Liebe a. a. O. Bd. 2 S. 577 Anm. 3; Neumann a. a. O. Bd. 2 zu §§ 2014, 2015; auch Planck, Claparede, Paech, Siber u. a.

[2]) Abweichend Thür. Bl. Bd. 55 S. 143; Posener Monatsschr. Bd. 9 S. 97.

[3]) KG. in RGBl. 1901 S. 55; ROLG. Bd. 2 S. 388, Bd. 3 S. 131 u. 435; Recht 1905 S. 253; Seufferts Arch. Bd. 62 S. 10.

haupt nicht erwähnt.[1]) Ob aus dem Grunde, weil sie den Verzugsausschluß für selbstverständlich hielten, oder weil sie das Gegenteil angenommen haben, sei dahingestellt. Tatsache ist, daß bis zum Jahre 1899 diese Frage keine Zweifel und Bedenken erweckt hat, und was die Einreden aus §§ 2014, 2015 BGB. anbetrifft, war in der Literatur alles still.

Im Jahre 1899 hat aber Eccius Zweifel an der Richtigkeit der herrschenden Meinung geäußert.[2]) Anlaß dazu hat der Inhalt der §§ 305 u. 872 ZPO. gegeben. Nach diesen Bestimmungen des Prozeßgesetzes wird durch die Geltendmachung der dem Erben nach §§ 2014, 2015 zustehenden Einreden eine unter dem Vorbehalte der beschränkten Haftung ergehende Verurteilung des Erben nicht ausgeschlossen (§ 305 ZPO.), und die ganze Wirkung der Einreden aus §§ 2014, 2015 reduziert sich darauf, daß die Zwangsvollstreckung für die Dauer der dort bestimmten Fristen auf solche Maßregeln beschränkt wird, die für Vollziehung eines Arrestes zulässig sind (§ 782 ZPO.).

Mit Rücksicht auf diese Bestimmungen hat Eccius zunächst darauf hingewiesen, daß die Einreden aus §§ 2014, 2015 „für die Behandlung des Rechtsstreits selbst ohne jede Bedeutung sind", wie sie auch materiell nicht die Wirkung haben, „welche den aufschiebenden Einreden dahin beigelegt ist, daß die Verjährung des dem Einwand unterliegenden Anspruchs gehemmt ist" (§ 202 Abs. 2 BGB.).[3]) Ein Jahr später[4]) und dann im Jahre 1905[5]) hat Eccius seine Ansicht weiter entwickelt und eingehender begründet. Er ist dabei zu dem Schlusse gekommen, daß die Einreden aus §§ 2014, 2015 keine materiellrechtlichen sind, und daß sie insbesondere den Verzug des Erben nicht ausschließen. Eccius rechnete nicht, wie er selbst zugegeben hat, auf Anerkennung seiner

---

[1]) Die Frage ist unberührt bei Matthiaß a. a. O.; Enneccerus-Lehmann a. a. O.; Wendt a. a. O.; Eck, Stellung des Erben; Jaeger, Erbenhaftung und Nachlaßkonkurs; Schefold a. a. O.; Münchmeyer a. a. O.; Scherer a. a. O. u. a.

[2]) Eccius bei Gruchot Bd. 43 S. 607.

[3]) Eccius bei Gruchot Bd. 43 S. 607.

[4]) Eccius bei Gruchot Bd. 44 S. 899 ff.

[5]) Eccius bei Gruchot Bd. 49 S. 156.

Ansicht, war doch die entgegengesetzte herrschende Meinung in den beiden großen deutschen Kommentaren, von Dernburg und einer Reihe anderer Juristen vertreten.

Und doch waren die Zweifel Eccius' so begründet, die Gegenerwägungen so stark, daß die Frage weitere Aufmerksamkeit auf sich gelenkt hat, und bald hat die Ansicht Eccius' so viele Anhänger erworben,[1]) daß sie jetzt auch Strohal und Herzfelder — die beiden Bearbeiter des Erbrechts in dem Planckschen und dem Staudingerschen Kommentar — zu ihren Vertretern zählt.

Die alte Lehre von dem Verzugsausschluß hat aber noch in der Wissenschaft die Herrschaft, und noch viele Autoren halten sie für richtig. Noch kürzlich ist sogar eine Arbeit von Winterfeld erschienen,[2]) die den Versuch macht, die neue von Eccius begründete Meinung systematisch zu widerlegen und die alte zu verteidigen. Diese Arbeit ist zugleich die einzige, die speziell unserer Frage gewidmet ist. Die in ihr enthaltene Polemik gegen die neuere Meinung hält Hedemann[3]) für „glücklich und durchschlagend". Sie soll „ein geschickter und beachtenswerter Stoß" gegen die Ansicht Eccius' sein.

Es bedarf also keiner besonderen Rechtfertigung des in vorliegender Arbeit unternommenen Versuches, den Stand der Streitfrage darzustellen, die beiderseitigen Gründe und Gegengründe zu prüfen und zugleich die neue Meinung systematisch zusammenzufassen, denn besonders das letzte ist bisher noch nicht ausgeführt worden, und die neuere Theorie (die wir als Theorie des Verzugseintrittes im Gegensatz zu der alten Theorie des Verzugsausschlusses bezeichnen möchten) ist bisher noch in einzelnen Lehrbüchern, Kommentaren und Zeitschriftsartikeln zerstreut und unsystematisch geblieben.

---

[1]) So Landsberg a. a. O.; Fuchs, wie auch Strohal und Herzfelder; Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 678; Nauenburg a. a. O.; zu dieser Ansicht neigt sich auch O. Hagen a. a. O. S. 144.

[2]) Winterfeld, Die aufschiebenden Einreden und der Leistungsverzug 1907.

[3]) Hedemann im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 31 S. 415.

B. Die Theorie des Verzugsausschlusses.

§ 2.

Die Theorie.

Die Theorie des Verzugsausschlusses und die Erwägungen, die ihre Vertreter für ihre Richtigkeit geltend machen, lassen sich folgendermaßen zusammenfassen:

1. Der Wille des Gesetzgebers. Die Subkommission und die Kommission für die 2. Lesung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuchs haben sich für den Ausschluß des Verzuges ausgesprochen.[1])
2. Der Verzug des Erben ist schon aus dem Grunde ausgeschlossen, weil durch die Geltendmachung der Einreden aus §§ 2014, 2015 die Fälligkeit der Forderungen, denen sie entgegenstehen, hinausgeschoben wird.[2])
3. Der Erbe kann auch deshalb nicht in Verzug kommen, weil die Geltendmachung der Einreden aus §§ 2014, 2015 ein Umstand ist, den der Erbe nach § 285 BGB. nicht zu vertreten hat.[3])
4. Der § 782 ZPO. gibt dem Erben ein selbständiges prozessuales Recht und enthält nur eine parallele Bestimmung zu den §§ 2014, 2015 BGB.[4])
5. Es entspricht der Billigkeit, den Erben vor den Wirkungen des Verzugs zu schützen. Es liegt auch im Interesse der Gläubiger, daß der Erbe die Einreden geltend macht und daß der Verzug ausgeschlossen wird.
6. Die Einreden der §§ 2014, 2015 BGB. sind als aufschiebende materiellrechtliche Einreden zu verstehen. Die Folge: sie schließen den Verzug des Erben aus.

Man sieht bei näherer Betrachtung, daß es hauptsächlich

---

[1]) vgl. Prot. Bd. 5 S. 784—789 und Winterfeld S. 3—15.

[2]) vgl. Planck Bd. 2 S. 95; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 5 S. 471; Langheineken S. 356 u. a.

[3]) vgl. Winterfeld S. 43 ff.

[4]) vgl. Winterfeld S. 22.

drei Gründe sind, auf denen die Theorie des Verzugsausschlusses beruht: die Ansicht der Materialien, die Hinausschiebung der Fälligkeit und die Verzugsausschließungsgründe des § 285 BGB. Dementgegen wird in folgender Untersuchung zu beweisen versucht, daß die in den Materialien kundgegebene Meinung der Mehrheit der Mitglieder der 2. Kommission für die Auslegung der §§ 2014, 2015 nicht bindend ist, daß durch die Geltendmachung der „aufschiebenden" Einreden die Fälligkeit der Forderungen nicht herausgeschoben wird, und daß in dieser Geltendmachung ein Umstand nicht zu ersehen ist, „den der Erbe nicht zu vertreten hat" und der den Verzugseintritt ausschließen soll usw. usw.

Die Billigkeitserwägungen, auf die die Vertreter der Theorie des Verzugsausschlusses sich berufen, werden im Zusammenhange mit den Billigkeitserwägungen der Theorie des Verzugseintrittes geprüft werden.

Die Kritik der Theorie des Verzugsausschlusses.

§ 3.

Die Bedeutung der Materialien für die Entscheidung der Streitfrage.

Eine wichtige Rolle bei der Entscheidung unserer Streitfrage hat in der Literatur der Inhalt der Motive und Protokolle gespielt.[1]) Man wollte in den Materialien den sogen. „Willen des Gesetzgebers" finden. Und die Anhänger der Theorie des Verzugsausschlusses haben sich die größte Mühe gegeben, durch sorgfältiges Studium der Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuche zu beweisen, daß die letzte Absicht der 2. Kommission dahin gegangen sei, durch Geltendmachung der Einreden aus den §§ 2014, 2015 BGB. den Erben nicht in Verzug kommen zu lassen. Andererseits haben die Vertreter der Theorie des Verzugs-

[1]) vgl. 1. Entw. §§ 2130, 2131, 2132, 2143 Abs. 1 2; 2. Entw. §§ 1888, 1889; 3. Entw. §§ 1989, 1990; Mot. Bd. 5 S. 539 ff., 652 ff., 672 ff.; Prot. Bd. 5 S. 660 ff., 784 ff., 787, 798, 805; Denkschr. S. 272; zum § 2015 BGB. vgl. auch das preuß. Gesetz betr. die Zwangsvollstreckung gegen den Benefizialerben v. 28. 3. 1879 §§ 1 Abs. 2, 11.

eintrittes behauptet, daß die Redaktionskommission gegen den Ausschluß des Verzuges gewesen sei.

Man muß zugeben, daß sowohl die Subkommission, die mit der Aufgabe betraut war, eine Vorlage zur Beratung des Tit. 7 Abschn. 6 des 1. Entw. auszuarbeiten, wie auch die Mehrheit (die Minderheit war anderer Ansicht) der Mitglieder der 2. Kommission ausdrücklich ausgesprochen haben, daß § 2130 (= §§ 2014, 2015 BGB.) dem Erben Einreden geben soll, durch deren Geltendmachung der Erbe nicht in Verzug kommen kann. Die Subkommission hat es sogar in dem später von der 2. Kommission gestrichenen Abs. 3 des § 2130 der Vorlage ausdrücklich erwähnt. Sie hat es zwar in dem ersten (= § 2014 BGB.) und in dem zweiten (= § 2015 BGB.) Absatze nicht getan, faßte aber den Abs. 3 folgendermaßen:

> „Auch nach Ablauf der im Abs. 1, 2 bestimmten Fristen kommt der Erbe durch Nichterfüllung einer Nachlaßverbindlichkeit nicht in Verzug, wenn er die Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß binnen zwei Wochen nach dem Zeitpunkt, in welchem die Erfüllung erfolgen sollte, beantragt und der Konkurs eröffnet wird".

Zweifellos bedeutet das „auch", daß der im Abs. 3 erwähnte Nichteintritt des Verzuges auch in Fällen der Abs. 1 u. 2 (d. h. §§ 2014, 2015 BGB.) stattfindet. Aber auch außerdem hat die Subkommission ihren Standpunkt in folgenden Worten ausgesprochen: „Die materiellrechtliche Wirkung der Einrede liegt insbesondere darin, daß der Erbe durch die Weigerung nicht in Verzug kommt".[1])

Bei den Beratungen der Vorlage in der 2. Kommission selbst wurde der Antrag gestellt, den bezeichneten Abs. 3 § 2130 der Vorlage zu streichen, was auch geschehen ist, nicht aber wegen des dort erwähnten Ausschlusses des Verzuges, sondern lediglich wegen der dort bestimmten weiteren zweiwöchentlichen Frist. Denn die Mehrheit in der 2. Kommission war der Ansicht, daß die §§ 2014, 2015 BGB. (d. h. Abs. 1 u. 2 des § 2130 der Vorlage), dem Erben nicht nur prozessuale Einwendungen, sondern ein materielles Ver-

[1]) Prot. Bd. 5 S. 785.

weigerungsrecht gewähren. Die Minderheit der Mitglieder hat dabei zwar behauptet, „daß es an einem inneren Grund fehle, den Erben durch die Beschützung der Einrede nicht in Verzug kommen zu lassen", aber die Mehrheit blieb bei der Ansicht, „die Vermeidung des Verzuges finde ihre Rechtfertigung darin, daß es nicht nur für den Erben eine unbillige Härte wäre, ihn durch Vorschützung der Einrede den Verzugsfolgen zu unterwerfen, sondern daß es auch im Interesse der Gläubiger gelegen sei, daß der Erbe von der Einrede des § 2130 Gebrauch mache".[1]) Und wenn nach dem Gesagten der Redaktionskommission doch anheimgestellt wurde, zu prüfen, ob nicht die Bestimmung, daß der Erbe in den Fällen der Abs. 1 u. 2 § 2130 der Vorlage die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten verweigern darf, „in der Weise zu fassen sei, daß der Erbe unter den bezeichneten Voraussetzungen durch die Nichterfüllung einer Nachlaßverbindlichkeit nicht in Verzug kommt",[2]) so kann diese Tatsache nur in dem von Winterfeld[3]) behaupteten Sinne verstanden werden. Man kann in ihr nämlich einen Widerspruch mit der Stellungnahme der 2. Kommission nicht erblicken. Es handelt sich bloß um eine gesetztechnische Frage, ob nicht nach Streichung des Abs. 3 § 2130 der Verzugsausschluß wieder ausdrücklich ausgesprochen werden soll, oder ob man nicht den Verzugsausschluß als eine vom Standpunkte der 2. Kommission selbstverständliche Konsequenz aus den Bestimmungen der Abs. 1 u. 2 § 2130 implicite wie es ist, lassen soll.

Es ist also zweifellos, daß die Mehrheit der Mitglieder der 2. Kommission die Meinung vertreten hat, daß die Einreden der §§ 2014, 2015 materiellrechtliche dilatorische Einreden seien, und daß ihre Geltendmachung den Verzug des Erben während der entsprechenden Fristen ausschließe.

Es ist aber auch Eccius nicht beizustimmen, wenn er[4]) zu beweisen glaubt, daß die Redaktionskommission gegen den Verzugsausschluß gewesen sei. Er begründet seine Meinung durch den Hinweis darauf, daß die Redaktionskommission nicht nur

[1]) Prot. Bd. 5 S. 790, 791.
[2]) Prot. Bd. 5 S. 790.
[3]) Winterfeld S. 12.
[4]) Eccius bei Gruchot Bd. 44 S. 899–900.

dem erwähnten Antrag keine Folge gegeben hat, sondern auch den § 694a (= § 782 ZPO.) vorgeschlagen hat. Daß Eccius sich hier in einem Irrtum befindet, hat schon Herzfelder, ein Gegner der Theorie des Verzugsausschlusses, bemerkt.[1]) Denn aus Protokollen[2]) ist zu ersehen, daß der § 694a schon von der Subkommission vorgeschlagen ist und sich noch in der Vorlage befindet. Der andere Grund, „die Redaktionskommission hat den § 305 ZPO. geschaffen",[3]) ist an sich zwar richtig, beweist aber sehr wenig. Daß auch die Redaktionskommission die Einwendungen aus §§ 2014, 2015 als materiellrechtliche gedacht hat, scheint aus dem Umstande zu folgen, daß sie den §§ 2014, 2015 den Titel „aufschiebende Einreden" beigelegt hat.

Aber die Vertreter der Theorie des Verzugseintrittes, wenn sie sich gegen die Behauptung der Vertreter der Theorie des Verzugsausschlusses, daß die Materialien für den Verzugsausschluß sprechen, richten, geben sich auch aus einem anderen Grunde umsonst Mühe. Denn es fragt sich: Welche Bedeutung hat überhaupt die Stellungnahme der Materialien für die Entscheidung unserer Frage? Kann sie als ein ausschlaggebender Grund für die Richtigkeit der einen oder der anderen Theorie betrachtet werden? Mit anderen Worten: Sind die Ansichten der Kommissionen und anderen Gesetzgebungsfaktoren für uns bei der Auslegung des Gesetzes schlechthin bindend? Diese Frage — auch in noch weiterer Fassung: „Ist der Wille des Gesetzgebers bindend?" — ist bekanntlich infolge des von vielen getriebenen „Kultus der Materialien" aufgeworfen worden. Eine Reihe namhafter Gelehrter — Bekker, Binding, Dernburg, Endemann, Gierke, Hölder, Kipp, Kohler, Wach, Zitelmann u. a. — haben sich gegen die Übertreibung der Bedeutung der Materialien ausgesprochen.

Es besteht nämlich ein großer Unterschied zwischen dem „Willen des Gesetzgebers" und dem Gesetze selbst. Nur der Inhalt des letzteren ist für die Auslegung maßgebend: „Es gilt nur,

---

[1]) Herzfelder S. 242.

[2]) Prot. Bd. 5 S. 785ff.

[3]) Eccius bei Gruchot Bd. 44 S. 900; Herzfelder S. 242; Prot Bd. 6 S. 790.

was als Gesetz verfassungsmäßig beschlossen und publiziert ist".[1]) Nur derjenige Wille des Gesetzgebers hat Kraft, der im Gesetze Ausdruck gefunden hat.[2]) „Gesetze", sagt Kohler, „sind auszulegen nicht nach dem Denken und Willen des Gesetzgebers, sondern sie sind auszulegen soziologisch ..., als Erzeugnisse des ganzen Volkes".[3])

Auf die Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch angewandt bedeutet das Gesagte: Die Äußerungen der Materialien haben für die Auslegung des Bürgerlichen Gesetzbuches keine bindende Kraft. Sie sind nicht der „erklärte Wille der Gesamtheit, sondern geben uns in dem günstigsten Falle die Beweggründe, welche einzelne Mitglieder des einen der gesetzgebenden Faktoren zu ihrer Willenserklärung bestimmt haben". Auch das Reichsgericht meint, die Motive können nicht „von maßgebender Bedeutung für die Auslegung des Gesetzes sein, da sie als eine nicht von den gesetzgebenden Faktoren herrührende Privatarbeit weder die Bestimmung noch die Macht haben, das Gesetz zu deklarieren".[4])

Wie steht es aber mit Rechtssätzen, die sich im Gesetze nicht finden? „Ein Rechtssatz", antwortet Dernburg, „welcher im Gesetze selbst nicht enthalten ist, kann nie aus den Motiven der Gesetzentwürfe oder derartigen Verhandlungen hergeleitet werden."[5]) Ebenso verhält es sich in unserem Falle. Die 2. Kommission

---

[1]) Endemann a. a. O. Bd. 1 S. 50 Anm. 4.

[2]) Kipp bei Windscheid Bd. 1 S. 99 Anm. 4a. Hier auch weitere Literatur.

[3]) Kohler, Lehrb. Bd. 1 S. 124; vgl. auch R. Saleilles a. a. O. S. 87, 112 u. a. Saleilles weist nicht nur darauf hin (S. 112), daß die Materialien rein persönliche Werke sind, daß der „Wille des Gesetzgebers" nicht die Bedeutung hat, die man ihm gewöhnlich zuschreibt, sondern geht noch bedeutend weiter und behauptet, daß sogar jedes geschriebene Gesetzbuch keinen „anderen Bedürfnissen des Volkslebens als denen seiner Entstehungszeit" (S. 87) entspricht. Saleilles sagt ausdrücklich: „Es versteht sich von selbst, daß jede Auslegung sich auf den Text eines Gesetzes stützt; aber sie greift über ihn hinaus. Er erscheint ihr nur als Grundlage der juristischen Regulierung oder Ausgangspunkt". Noch weiter gehen andere Vertreter dieser extremen Richtung: Lambert, Gény u. a.

[4]) vgl. Kohler, Lehrb. Bd. 1 S. 131; vgl. auch die von Dernburg in der DJZ. 1905 S. 8 angeführte Entsch. d. RG. in Bd. 57 S. 96. Außerdem RG. Bd. 45 S. 220, Bd. 11 S. 433 f., Bd. 14 S. 72, Bd. 16 S. 102, Bd. 20 S. 437, Bd. 27 S. 72 u. a.

[5]) Dernburg, Pand. Bd. 1 S. 75, auch in DJZ. 1905.

war zwar der Ansicht, daß die Geltendmachung der Einwendungen aus §§ 2014, 2015 den Verzug des Erben ausschließt. Sie hat es aber in dem Entwurfe nicht zum Ausdruck gebracht. Auch die Redaktionskommission hat es nicht getan, und das Bürgerliche Gesetzbuch läßt die Frage von dem Verzuge des Erben offen.

Wir sind also bei der Entscheidung unserer Streitfrage an die in den Protokollen ausgedrückte Ansicht der Mehrzahl der Mitglieder der 2. Kommission nicht gebunden. Die §§ 2014, 2015 müssen aus sich selbst und mit Rücksicht auf andere zusammenhängende Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches ausgelegt werden. „Auf die Materialien allein kann — mit Eccius gesprochen — gegenüber den Worten der zusammenhängenden Gesetze kein Gewicht gelegt werden. Wenn das anerkannt wird, so wird damit den Bedürfnissen des Lebens und dem allgemeinen Rechtsgefühl besser gedient sein, als wenn die Absicht der Subkommission zum Gesetze geworden wäre."[1])

Die Berufung der Vertreter der Theorie des Verzugsausschlusses ist somit für die Lösung der Streitfrage ohne jede Bedeutung. Damit fällt aber einer der stärksten Gründe, die diese Theorie für ihre Richtigkeit geltend macht. Es bleibt nur zu prüfen, ob es sich nicht auch mit den anderen Gründen ebenso verhält.

§ 4.

Die Hinausschiebung der Fälligkeit der Nachlaßforderungen.

Da die Bestimmungen der §§ 2014, 2015 keinen Anlaß zum Ausschluß des Verzuges des Erben geben, haben die Vertreter der Theorie des Verzugsausschlusses versucht, auf Grund allgemeiner Vorschriften über den Leistungsverzug zu beweisen, daß die Geltendmachung der Einwendungen aus §§ 2014, 2015 den Leistungsverzug des Erben ausschließt. Die einen — und das ist die überwiegende Meinung innerhalb der Vertreter dieser Theorie — glaubten es auf Grund des § 284 BGB. rechtfertigen zu können. Zur Voraussetzung des Schuldnerverzuges gehört

[1]) Eccius bei Gruchot Bd. 44 S. 900.

nach dieser Bestimmung zweierlei: Mahnung (außer wo nicht die Regel „dies interpellat pro homine“ gilt) und Fälligkeit der Forderung. Da aber durch Geltendmachung der materiellrechtlichen Einreden die Fälligkeit der Forderung hinausgeschoben wird, so kann auch nicht der Erbe durch Geltendmachung der Einreden aus §§ 2014, 2015 in Verzug kommen. Die zweite Richtung — Winterfeld u. a. — operiert mit dem § 285 BGB., indem sie die Geltendmachung dieser Einreden für einen Umstand hält, den der Erbe nicht zu vertreten hat. Es sei hier zunächst von der ersten Richtung die Rede.

Man muß zuerst darauf hinweisen, daß die Beweisführung durch § 284 BGB. einen circulus vitiosus enthält. Die Frage, ob durch Geltendmachung der Einreden aus §§ 2014, 2015 der Verzug ausgeschlossen wird, ist mit der Frage identisch, ob diese Einreden materiellrechtliche sind. Und nun: Um zu beweisen, daß der Verzug ausgeschlossen ist (d. h. daß die Einreden materiellrechtliche sind), beruft sich die Theorie des Verzugsausschlusses auf die Hinausschiebung der Fälligkeit. Die Fälligkeit aber, meint sie, sei deshalb hinausgeschoben, weil die Einreden materiellrechtliche sind. Das, was zu beweisen ist, wird als Beweis verwendet usw. usw.

Aber nicht nur auf dem Gebiete der Logik liegt die Unrichtigkeit dieser Behauptung. Es läßt sich auch juristisch nicht erklären, warum durch die Geltendmachung der Einwendungen aus §§ 2014, 2015 die Fälligkeit der Forderungen hinausgeschoben wird. Vielmehr das Gegenteil ist der Fall. Schon aus dem allgemeinen Begriffe der Fälligkeit, der dahin zu fassen ist, daß die Fälligkeit der Zeitpunkt ist, in dem die Befriedigung der Forderung verlangt werden kann,[1]) folgt, daß in unserem Falle von einer Hinausschiebung der Fälligkeit nicht die Rede sein kann. Denn der Nachlaßgläubiger kann die Erfüllung verlangen, die Verurteilung des Erben zur Leistung ist nach § 305 ZPO., allerdings aber nur unter Vorbehalt, zulässig, und Leistungspflicht wird

[1]) Schollmeyer a. a. O. S. 12; vgl. auch den § 168 des 1. Entw., der diese Definition enthält. Sie ist zwar im BGB. nicht beibehalten, „trifft indessen das Wesen der Sache, was sich im einzelnen aus § 273 d. Ges. ergibt“ (Neumann a. a. O. S. 9).

durch das Urteil als eine nicht zukünftige, sondern gegenwärtige festgestellt. Der Erbe kann nicht sagen, daß er nicht schuldet, und daß der Gläubiger nicht berechtigt ist, die Leistung zu fordern.

Daß aber die nach § 305 ZPO. zugelassene Verurteilung des Erben wirklich eine Verurteilung auf gegenwärtige Leistung ist, was auch von manchen Vertretern der Theorie des Verzugsausschlusses zugegeben wird, folgt schon aus dem Inhalte des § 202 BGB., dessen Bedeutung für die Entscheidung unserer Frage unten (§ 8) Gegenstand spezieller Betrachtung sein wird. Nachdem es nämlich in Abs. 1 dieses Paragraphen bestimmt worden ist, daß die Verjährung der Forderungen, denen eine Einrede entgegengestellt ist, gehemmt wird, stellt der Abs. 2 desselben Paragraphen fest, daß diese Bestimmung u. a. keine Anwendung auf die Einreden aus §§ 2014, 2015 findet. Trotz der Geltendmachung dieser Einreden beginnt und läuft fort die Verjährung der Forderungen der Nachlaßgläubiger. Wie wäre dies aber bei einer Verurteilung auf zukünftige Leistung möglich gewesen, d. h. bei einer Verurteilung zur Erfüllung einer Forderung, deren Fälligkeit nicht einmal eingetreten ist? Der Eintritt des Laufes der Verjährung schließt begrifflich die Annahme der Verurteilung auf zukünftige Leistung aus.[1])

Endlich stehen der Annahme der Hinausschiebung der Fälligkeit noch folgende Bedenken entgegen. Wie ist die Annahme der Hinausschiebung in den Fällen durchzuführen, wo die Fälligkeit noch vor der Geltendmachung der aufschiebenden Einreden eingetreten ist? Soll die schon eingetretene Fälligkeit wieder, und dabei noch etwa mit rückwirkender Kraft, aufgehoben werden? Dazu scheinen die Einreden nicht die Kraft zu haben. Praktisch aber werden Fälle, wo diese Frage akut werden kann, nicht selten vorkommen. Man denke z. B. an folgenden von Paech, Anhänger der Theorie des Verzugsausschlusses, aber Gegner der Annahme der Hinausschiebung der Fälligkeit, konstruierten Fall: „Es schuldet jemand ein unverzinsliches Darlehen von 30000 Mk., zurückzahlbar am 1. 4. 1903. Gerade an diesem Tage stirbt der Schuldner und wird von seinem Erben beerbt. Nach Ablauf

[1]) vgl. Strohal S. 205 bα.

zweier Monate auf das Kapital belangt, macht der beklagte Erbe die Einrede aus § 2014 BGB. geltend".[1]) Wie ist es in diesem Falle möglich, die Hinausschiebung (oder richtiger Aufhebung) der schon eingetretenen Fälligkeit zu konstruieren. „Sollte", fragt Paech, „der infolge der Beerbung eingetretene Subjektswechsel eine so mächtige Wirkung hervorbringen? Dann würde diese aufschiebende Einrede den Charakter einer Zwangsstundung haben."

Aber nicht nur Paech, auch andere Vertreter der Theorie des Verzugsausschlusses, die die Frage nach Eccius untersucht haben, mußten zugeben, daß durch die Geltendmachung unserer Einreden die Fälligkeit der Forderung nicht hinausgeschoben wird. So vor allem Winterfeld, der sich dabei auf die Ergebnisse der Untersuchungen von de Claparede, Paech und Siber beruft und mit Rücksicht auf die §§ 305 u. 781 ZPO. zu dem Schlusse kommt: „Wenn durch eine Einrede die Verurteilung nicht verhindert wird, vielmehr die Einrede nur auf die Art und Weise der Zwangsvollstreckung einwirkt, so kann nicht behauptet werden, daß durch sie die Fälligkeit hinausgeschoben werde".[2])

Und doch ist die Annahme der Hinausschiebung einer der wenigen Grundsteine, auf denen das ganze Gebäude der Theorie des Verzugsausschlusses beruht und ohne den sie kaum aufrechtzuerhalten ist. Nur bei der Annahme der Hinausschiebung der Fälligkeit kann man den Verzugsausschluß erklären. Deshalb stützen sich darauf die namhaftesten Vertreter der Theorie des Verzugsausschlusses — Dernburg, Planck u. a. —, wenn sie den Verzugsausschluß zu rechtfertigen suchen.[3])

Somit ist das oben gewonnene Ergebnis — durch die Geltendmachung der Einreden aus §§ 2014, 2015 wird die Fälligkeit der Forderungen nicht hinausgeschoben — für uns schon insofern von Bedeutung, als § 284 BGB. nicht den Verzugsausschluß erklären kann. Es bleibt den Vertretern der Theorie des Verzugsausschlusses als die einzige Zuflucht der § 285 BGB. übrig. Ob er diese Theorie retten kann, wird unten untersucht

[1]) Paech S. 31.

[2]) Winterfeld S. 41.

[3]) Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 5 S. 474; Planck Bd. 2 S. 95; auch RGZ. Bd. 2 S. 31.

werden. An dieser Stelle muß noch eine weitere Folge der oben gewonnenen Ergebnisse erwähnt werden.

Es handelt sich um die Beziehung zwischen den materiellrechtlichen Einreden und der Fälligkeit der Forderung, der die Einrede entgegensteht. Es kann als herrschende Meinung bezeichnet werden,[1]) daß durch Geltendmachung einer materiellrechtlichen peremtorischen oder dilatorischen Einrede die Fälligkeit hinausgeschoben wird. Wenn dem aber so ist, dann läßt sich der Schluß ziehen: Die Einreden, die die Fälligkeit nicht hinausschieben, sind keine materiellrechtlichen Einreden. Auf unsere Frage angewandt: Weil die Einreden aus §§ 2014, 2015 die Fälligkeit nicht hinausschieben, sind sie keine materiellrechtlichen Einreden.

Interessant ist dabei, daß diejenigen nicht zahlreichen Autoren, die entgegen der herrschenden Meinung behaupten, daß durch die Geltendmachung einer bloß aufschiebenden Einrede die Fälligkeit der Forderung nicht immer hinausgeschoben wird (und daß folglich der oben gemachte Rückschluß nicht begründet ist) — Paech,[2]) Claparede[3]) und Winterfeld[4]) —, zugleich auch diejenigen Anhänger der Theorie des Verzugsausschlusses sind, die zugeben müßten, daß durch die Geltendmachung der Einreden aus §§ 2014, 2015 die Fälligkeit der Nachlaßforderungen nicht hinausgeschoben wird. Jedoch gegenüber der überwiegenden und autoritätvollen Meinung der beiden Kommentare können die aus dem Bestreben, die Theorie des Verzugsausschlusses durch jeden Preis zu retten, hervorgegangenen Behauptungen nicht den oben gemachten Schluß antasten.

---

[1]) Planck Bd. 2 S. 90; Oertmann S. 106; Kuhlenbeck, Komm. S. 134; Schollmeyer S. 121; Hölder in Buschs Zeitschr. Bd. 29 S. 78; Hellwig, Anspruch u. Klagerecht S. 128 Anm. 7.

[2]) Paech a. a. O. S. 31.

[3]) Claparede a. a. O. S. 41.

[4]) Winterfeld S. 41.

§ 5.

Die Geltendmachung der Einreden aus §§ 2014, 2015 und der § 285 BGB.

Diejenigen Vertreter der Theorie des Verzugsausschlusses, die gezwungen waren, zuzugeben, daß die Fälligkeit der Nachlaßforderungen durch die Geltendmachung der Einreden aus §§ 2014, 2015 nicht hinausgeschoben wird, haben den einzig bleibenden Weg zur Begründung des Ausschlusses des Verzuges eingeschlagen, d. h. auf Grund des § 285 BGB. zu beweisen versucht, daß trotz der Nichthinausschiebung der Fälligkeit der Erbe nicht in Verzug kommen kann, weil die Geltendmachung unserer Einreden nicht ein Umstand ist, den der Erbe zu vertreten hat. Wäre diese Beweisführung gelungen, so würde die bewiesene Unrichtigkeit der Konstruktion der Nichthinausschiebung der Fälligkeit sogar ein neuer Trumpf für die Theorie des Verzugsausschlusses gewesen sein, da deren Anhänger den Schiffbruch, den diese Konstruktion erlitten hat, insofern für sich benutzt haben, als es jetzt möglich wurde, dem Nachlaßgläubiger auf Grund des § 291 BGB. Prozeßzinsen anstatt der entgehenden Verzugszinsen zuzusprechen und somit eine der unbilligen Konsequenzen ihrer Theorie zu umgehen. Es ist deshalb für uns von besonderem Interesse, zu prüfen, ob § 285 BGB. wirklich zum Ausschlusse des Verzuges zwingt.

Im gemeinen Rechte war die Frage über die Voraussetzungen der mora solvendi Gegenstand eines dauernden und lebhaften Streites gewesen. Gehört die culpa zu den Voraussetzungen der mora debitoris oder nicht? Eine Richtung (u. a. durch Kniep vertreten) hat diese Frage verneint. Die herrschende Meinung hat aber die Verschuldenstheorie angenommen. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat die Voraussetzungen des Schuldnerverzuges in § 284 geregelt: Es sind nur Mahnung und Fälligkeit. Vom Verschulden als Voraussetzung ist in diesem Paragraph keine Rede. Nun bestimmt aber das Bürgerliche Gesetzbuch, daß es Fälle gibt, wo der Verzug, trotz Vorhandenseins dieser beiden Voraussetzungen doch nicht eintritt. In negativer Fassung sagt § 285: „Der Schuldner kommt nicht in Verzug, solange die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu ver-

treten hat". Obgleich auch hier vom Verschulden kein Wort steht, hat sich auch im Bürgerlichen Gesetzbuch im Anschluß an das gemeine Recht die Verschuldenstheorie entwickelt. Diese Theorie[1]) nimmt an, daß, während es beim Gläubigerverzuge auch die mora inculpata gibt (die „objektive mora" genügt), kommt der Schuldner nur dann in Verzug, wenn die Nichterfüllung auf seinem Verschulden beruht. Demnach sind die Umstände, die der Schuldner zu vertreten hat, nach allgemeinen Grundsätzen zu bestimmen, d. h. nach § 276 BGB.: Der Schuldner hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten.

Vom Standpunkte dieser Theorie kommt der Erbe in unserem Falle nicht in Verzug, da in der Verweigerung der Berichtigung der Nachlaßforderung kraft der Einreden aus §§ 2014, 2015 kein Verschulden erblickt werden kann und folglich die Geltendmachung dieser Einreden nicht ein Umstand ist, den der Erbe zu vertreten hat.

Aber auch im Bürgerlichen Gesetzbuche ist die Verschuldenstheorie nicht die alleinige geblieben. Eine andere von Endemann, Oertmann, Müller, Römer u. a.[2]) vertretene und von Weyl eingehend untersuchte und begründete Theorie steht auf einem anderen, wenn auch nicht entgegengesetzten, so doch grundsätzlich verschiedenen Standpunkte. Auf die Bestimmungen des Gesetzes gestützt, betrachtet sie das Verschulden nicht als notwendige unumgängliche Voraussetzung des Schuldnerverzuges. Die Umstände, die der Schuldner zu vertreten hat, brauchen nicht auf einem Verschulden zu beruhen.

Die Richtigkeit dieser Theorie macht nach den oben (§§ 3 u. 4) gewonnenen Resultaten die Lage der Theorie des Verzugsausschlusses unhaltbar. § 285 ist der letzte von den drei Grundsteinen, auf denen sie ruht. Das ist auch ihren Vertretern nicht entgangen. „Die Frage nach dem ‚Warum' des Verzugsausschlusses," meint Winterfeld,[3]) „ist schwieriger", wenn man

[1]) Vertreter Engelmann, Enneccerus, Matthiaß. Vgl. genaue Angabe bei Weyl a. a. O. S. 494.

[2]) z. B. die beiden Dissertationen von Jungherr (Jena 1902) und Neumann (Erlangen 1898); vgl. Weyl S. 50.

[3]) Winterfeld S. 44.

sich auf den von Weyl vertretenen Standpunkt stellt. Winterfeld, umgeht jedoch diese gefährliche Klippe mit der Bemerkung: „Näher auf diese Frage einzugehen, die besonders durch die peinlich genaue Untersuchung von Weyl wieder an Interesse gewonnen hat, ist hier nicht am Platz“ (ebenda). Aber bei der Bedeutung dieser Frage für die Entscheidung der unseren, kann man von einem wenn auch kurzen Eingehen auf die von Weyl vertretene Theorie nicht absehen, um so weniger, als es nicht viel Zeit und Raum beansprucht.

Der Ausdruck „vertreten“ wird im Bürgerlichen Gesetzbuch einerseits im Sinne von „Stellvertretung“ (so §§ 26 Abs. 2, 714, 715, 1189 u. a.), andererseits im Sinne von „Haften“, „Einstehenmüssen“ gebraucht. Auf die Frage aber, „was jemand zu vertreten hat“ (das ist die Fassung des § 285 BGB.), gibt das Gesetz je nach den Umständen des einzelnen Rechtsverhältnisses verschiedene Antworten. Da ist zunächst das „Verschulden“ (in §§ 664 Abs. 1, 691 Satz 2 u. a.) und „Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit“ (§§ 300 Abs. 1, 521, 599, 968 u. a.) oder „Vorsatz und Fahrlässigkeit“ (§ 276). Andererseits sind es aber auch „ein Mangel“ (§§ 429 Abs. 1, 460 Satz 1, 461 u. a.), „Veränderungen“ oder „Verschlechterungen“ einer Sache (§§ 548, 602, 1050 u. a.), das „Unvermögen“ (§ 279), „ein Schaden“ (§ 991 Abs. 2) oder „ein Umstand“ schlechthin.[1]) Man sieht also schon daraus, daß das Bürgerliche Gesetzbuch unter den Umständen, die jemand zu vertreten hat, nicht nur Verschulden versteht. Es setzt vielmehr an „Stelle des ‚Verschuldens‘ einen vom Schuldner zu vertretenden Umstand ... Insofern dieser nicht notwendig ein Verschulden ist, ist es ungenau, wenn vielfach das Verschulden noch immer als Voraussetzung des Verzuges bezeichnet wird“.[2])

Aber auch das Gesetzbuch selbst zeigt im § 279, daß der Schuldner auch ohne Verschulden in Verzug kommen kann, denn nach ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes hat der Schuldner bei Gattungsschulden sein Unvermögen zur Leistung auch dann zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt.

---

[1]) vgl. Weyl S. 494.

[2]) Oertmann S. 109.

Der Schuldner hat auch solche von ihm nicht verschuldete Umstände zu vertreten wie das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters (§ 278). Es liegt also kein Grund vor, den Verzug des Schuldners nur beim Vorliegen des Verschuldens anzunehmen. Das Bürgerliche Gesetzbuch gibt keinen Anlaß dazu. Die Wirkung des § 285 reduziert sich nur auf eine Beschränkung des Wirkungskreises des § 284. Auch die Vertreter der Verschuldenstheorie nehmen an, daß das Erfordernis des § 285 ein negatives ist. Der Schuldner muß nur Mahnung und Fälligkeit beweisen, der Gläubiger, daß die Leistung infolge eines Umstandes unterblieben ist, den er nicht zu vertreten hat. Diese Regelung der Beweislast nehmen auch die Vertreter der Verschuldenstheorie an.[1]) Wenn dem aber so ist, dann kann nicht Verschulden zu den Voraussetzungen des Verzuges des Schuldners gehören, denn sonst müßte nach den Beweisregeln der Gläubiger nicht nur Mahnung und Fälligkeit, sondern auch das Verschulden beweisen.[2])

Es entsteht aber die weitere Frage: Welche Umstände hat der Schuldner nach § 285 zu vertreten? Die richtige Antwort scheint nach dem Gesagten zu lauten: Es hängt von den Umständen des einzelnen Falles und von dem Rechtsverhältnisse, aus dem die Leistungspflicht des Schuldners entspringt, ab. Die zu vertretenden Umstände sind verschieden, je nachdem der Schuldner z. B. aus einem Kaufvertrage, aus Schenkung oder aus einer unerlaubten Handlung (vgl. „semper fur moram facere videtur“ einerseits und §§ 521, 522 BGB. andererseits) haftet. Wir gelangen somit zu der letzten Frage: Ist die Geltendmachung der Einreden aus §§ 2014, 2015 ein Umstand, den der Erbe nach § 285 zu vertreten hat?

Diese Frage ist zunächst und am eingehendsten von Strohal untersucht worden. Die Ergebnisse dieser Untersuchung sind: Die Bestimmungen des § 285 BGB. stehen nicht im Widerspruch mit der Theorie des Verzugsausschlusses, und zwar auf folgenden

---

[1]) vgl. Enneccerus Bd. 1 S. 489; Kuhlenbeck S. 139; Matthiaß S. 327, 4; Oertmann S. 109; Planck Bd. 2 Erl. 8 zu § 285; vgl. l. 50 D. 12, 1; l. 137 § 4 D. 45, 1; l. 23 D. 22, 1.

[2]) vgl. Römer in DJZ. 1907 S. 874; ebenso Neumann a. a. O. S. 20; Weyl S. 500.

Erwägungen (es handelt sich im folgenden um die Wiedergabe der Untersuchung Strohals).[1])

1. Obgleich die Einreden der §§ 2014, 2015 dem Erben nicht nur zur Wahrung eigener Interessen, sondern auch der Interessen der Gläubiger gegeben sind, kann der Erbe durch Ausübung dieser Einreden den einzelnen Gläubigern Schaden zufügen. Aber „dem Bürgerlichen Gesetzbuch ist der Gedanke nicht fremd, daß jemand unter Umständen auch wegen der durch Ausübung eines ihm zustehenden Rechtes einem andern verursachten Nachteile verantwortlich werden kann".[2]) Man braucht hier nur an § 226 BGB. zu denken. Und schikanöse Geltendmachung der Einreden aus §§ 2014, 2015 bei einem im voraus zweifellos solventen Nachlaß kann oft vorkommen. Andererseits kennt das Bürgerliche Gesetzbuch solche Interessenkollisionen in dem § 904, wo der Berechtigte doch schadensersatzpflichtig ist. „Mit einer ähnlichen Interessenkollision (vgl. übrigens auch die Bestimmungen der §§ 258, 867, 962, 1005) hat man es bei den aufschiebenden Einreden des Erben zu tun."[3])

2. Wir haben schon gesehen, das Gesetz selbst stellt im § 279 BGB. als Voraussetzung des Schuldnerverzuges nicht das Verschulden, sondern das Unvermögen zur Leistung dar. Die herrschende Meinung[4]) nimmt aber an, daß die Bestimmung des § 279 bei den Speziesschulden dann Platz greift, wenn das Unvermögen im letzten Grunde auf Geldmangel beruht. „Schließt aber", sagt Strohal, „selbst wirkliches Unvermögen zur Leistung im Sinne des § 279 den Eintritt des Verzuges nicht aus, so wird ein solcher Ausschluß grundsätzlich um so weniger angenommen werden dürfen, wenn einem Nachlaßgläubiger die ihm gebührende Leistung nur mit Rücksicht auf die Möglichkeit verweigert wird, daß der Nachlaß überschuldet sein könnte."[5])

---

[1]) Strohal S. 207 d u. f, 208 γ.

[2]) Strohal S. 207 d.

[3]) Strohal S. 208 oben.

[4]) Planck Bd. 2 S. 79, 2; Oertmann S. 109, 2; Cosack 4. Aufl. Bd. 1 S. 355. Ebenso Kuhlenbeck, Endemann, Crome, Schollmeyer, Kipp, Enneccerus-Lehmann u. a.

[5]) Strohal S. 208 γ.

Diese Erwägungen Strohals beweisen, daß das Gesetz zur Erklärung der Geltendmachung der Einreden aus §§ 2014, 2015 für einen Umstand, den der Erbe nicht zu vertreten hat, jedenfalls nicht zwingt. Wenn aber außerdem sowohl theoretische wie auch praktische wichtige Erwägungen für den Eintritt des Verzuges des Erben sprechen (darüber näher unten), so kann der Versuch, den Verzug des Erben auf Grund des § 285 BGB. auszuschließen, gegenüber diesen Erwägungen Anspruch auf Berücksichtigung bei der endgültigen Entscheidung unserer Streitfrage nicht erheben.

§ 6.

Der Annahmeverzug des Erben.

Die Frage, ob der Erbe durch die Geltendmachung der Einreden aus §§ 2014, 2015 in Verzug kommt, ist bisher in der einseitigen, für die Theorie des Verzugsausschlusses vorteilhaften Fassung des Leistungsverzuges behandelt worden. Die einzige dieser Frage speziell gewidmete Arbeit (Winterfelds) — „Die aufschiebenden Einreden und der Leistungsverzug". Und es ist bisher in den Schriften der Vertreter der beiden Theorien die Frage unberücksichtigt geblieben, ob nicht der Erbe durch die Geltendmachung unserer Einreden in Annahmeverzug geraten kann.

Es handelt sich um zweiseitige Verträge des Erblassers, „wo jeder Teil bezüglich der Leistung des anderen Gläubiger, bezüglich seiner Leistung Schuldner ist; dann hat die Leistung eines jeden einen doppelten Charakter: sie ist Erfüllung seiner Verbindlichkeit, sie ist aber zugleich die Voraussetzung, unter der allein er die Erfüllung des anderen begehen kann".[1]) Der Erbe ist somit Schuldner der vom Erblasser zu bewirkenden Leistung und Gläubiger der von seiten des Nachlaßgläubigers zu bewirkenden Gegenleistung.

Denken wir z. B. folgende Fälle: Der Erblasser schließt mit A einen Kaufvertrag, laut dessen ihm der A zu einem bestimmten Tag ein Pferd liefern muß. Der Erblasser stirbt vor dem Termin.

---

[1]) Kohler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 190.

Im Termin erscheint der Verkäufer und bietet dem Erben das Pferd gegen den Kaufpreis an. Der Erbe verweigert die Annahme oder will zwar das Pferd annehmen, verweigert aber auf Grund der §§ 2014, 2015 die Zahlung des Kaufpreises. Kommt er dadurch in Gläubigerverzug?

Vom Standpunkte der Theorie des Verzugsausschlusses muß diese Frage, besonders im zweiten Falle, verneint werden, d. h. theoretisch betrachtet, können die Vertreter der Theorie des Verzugsausschlusses sagen: In Gläubigerverzug kann der Erbe kommen, da die Voraussetzungen des Annahmeverzuges andere sind als die des Schuldnerverzuges. Stellt man sich aber auf den praktischen Standpunkt, indem man den Erben gegen die „nachteiligen" Folgen des Verzuges schützen will und nimmt man dabei doch den Gläubigerverzug an, so fehlt es an jedem inneren Grunde, den Ausschluß des Schuldnerverzuges des Erben weiter zu behaupten, denn die Folgen des Gläubigerverzuges sind entsprechend die gleichen als die des Schuldnerverzuges. Wenn der Schuldner während seines Leistungsverzuges Verzugszinsen zahlen muß (§ 287 BGB.), so muß er während seines Annahmeverzuges sich gefallen lassen, daß für eine verzinsliche Schuld Zinsen während seines Verzuges nicht entrichtet werden (§ 301). Wenn der Schuldner während seines Leistungsverzuges jede Fahrlässigkeit zu vertreten hat (§ 287), wird bei seinem Annahmeverzuge die Haftung des anderen Teiles bis auf leichte Fahrlässigkeit herabgesetzt (§ 300), bei zufälligem Untergange wird der andere Teil von seiner Leistung befreit. Die den Erben als Gläubiger treffenden Nachteile sind ebenso groß als die aus dem Leistungsverzuge erwachsenden, und vom Standpunkte der Billigkeit und der praktischen Konsequenzenz müssen die beiden Fälle gleichmäßig behandelt werden. Es ist also von Bedeutung für die Entscheidung der Streitfrage, wenn bewiesen wird, daß der Erbe in Gläubigerverzug kommen muß. Dieser Beweis aber macht auf Grund des Gesetzes keine Schwierigkeiten.

Nehmen wir zunächst den Fall, der Erbe verweigert die Annahme. Er kommt dann in Verzug auf Grund des § 293, denn „der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt". Es steht auch nicht anders in dem

anderen Falle, wo der Erbe zwar die Leistung annehmen will, aber die Gegenleistung verweigert. In diesem Falle kommt der Erbe auf Grund des § 298 in Verzug: „Ist der Schuldner nur gegen eine Leistung des Gläubigers zu leisten verpflichtet (und das ist er regelmäßig wegen §§ 273, 274 BGB.,[1]) so kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er zwar die angebotene Leistung anzunehmen bereit ist, die verlangte Leistung aber nicht anbietet". In beiden Fällen kann auch vom Standpunkte der Verschuldenstheorie der Mangel des Verschuldens dem Erben nicht helfen, da es allgemein anerkannt und von den Vertretern der Verschuldenstheorie besonders scharf betont wird, daß zum Eintritt des Gläubigerverzuges die objektive mora genügt.[2])

Wenn aber der Erbe durch Geltendmachung der Einreden aus §§ 2014, 2015 als Gläubiger in Verzug kommen kann, warum soll ein Leistungsversuch ausgeschlossen sein? Die Voraussetzungen des Eintrittes der beiden Arten des Verzuges sind zwar verschieden, aber wenn einerseits die Folgen der beiden mora ebenso nachteilig für den als Gläubiger, wie auch als Schuldner in Verzug befindlichen Erben sind, andererseits das Gesetz für die Annahme des Leistungsverzuges des Erben keinen Anlaß gibt, kann nicht behauptet werden, daß der Erbe zwar in Annahmeverzug, nicht aber in Leistungsverzug geraten kann.

Von Interesse für unseren Fall ist die einsam stehende Meinung Kohlers über den Zusammenhang zwischen dem Gläubiger- und Schuldnerverzuge im Falle des § 298 BGB. Die herrschende Meinung nimmt in dieser Beziehung an, daß „daraus, daß der Gläubiger unter den im § 298 bestimmten Voraussetzungen in Verzug der Annahme kommt, nicht folgt, daß er in betreff der ihm obliegenden Leistung auch in Verzug der Leistung kommt".[3]) Nach Meinung Kohlers aber läßt sich die Abgrenzung zwischen dem Erfüllungs- und Annahmeverzug im Falle des § 298 nicht durchführen, vielmehr meint Kohler, „wer in solchem Falle

[1]) vgl. Rosenberg in Iherings Jahrb. Bd. 43 S. 198.

[2]) vgl. Kohler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 150ff. und Rosenberger a. a. O. S. 201 f.

[3]) Planck Bd. 2 S. 110, 2; ebenso Oertmann S. 122, 4; Kuhlenbeck S. 152, 2b.

nicht leistet, ist in doppeltem Verzug, er ist im Verzug der Erfüllung und ist im Verzuge der Annahme, und es kann ihn daher der nichtsäumige Teil als zahlungs- und als annahmesäumig behandeln".[1]) Der § 298 ist eben deswegen von Bedeutung, weil er nach Meinung Kohlers in den Fällen hilft, „wo möglicherweise die Voraussetzungen des Erfüllungsverzuges (Verschulden usw.) nicht vorliegen, wohl aber die des Annahmeverzuges".[2]) Von diesem Standpunkte aus kommt der Erbe im Falle des § 298 notwendigerweise in Leistungsverzug.

C. Die Theorie des Verzugseintrittes.

§ 7.

Die Theorie.

Nicht nur deswegen, weil das Gesetzbuch, wie wir oben festgestellt haben, keinen Anlaß für die Annahme der Theorie des Verzugsausschlusses bietet, haben die Anhänger der Theorie des Verzugseintrittes diese Theorie angenommen, sondern weil das Gesetz direkte Bestimmungen enthält, die der Konstruktion der materiellrechtlichen verzugsausschließenden Einreden widersprechen. Daß die Einreden aus §§ 2014, 2015 anders beschaffen sind als die übrigen materiellrechtlichen Einreden des Bürgerlichen Gesetzbuchs, und daß ihnen eine besondere spezielle Wirkung beigelegt ist, die den anderen Einreden fremd ist, haben von Anfang an fast alle Vertreter der damals herrschenden Theorie des Verzugsausschlusses zugegeben. Nun waren aber diese besonderen Eigenschaften solcher Art, daß, wenn sie einmal eingehend untersucht waren, auch der weitere Schluß gemacht werden müßte, daß diese Einreden keine materiellrechtlichen im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs sind und daß auch kein Grund vorliegt zu der Annahme, daß ihre Geltendmachung den Verzug des Erben ausschließt. Denn die Fassung der §§ 2014, 2015 ist im Hinblick

[1]) Kohler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 190 und in Iherings Jahrb. Bd. 17 S. 2.

[2]) Kohler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 190.

auf die §§ 2014, 2015 völlig belanglos.[1]) Die Redaktionskommission hat zu den aufschiebenden Einreden des § 202 Abs. 2, die die Verjährung nicht hemmen, die Einreden aus §§ 2014, 2015 eben aus dem Grunde beigefügt, daß sie nur die im § 782 ZPO. bestimmten Wirkungen haben. Der Anspruch des Nachlaßgläubigers bleibt trotz der Geltendmachung aufschiebender Einreden unberührt. „Diesem Anspruch steht keine Einrede entgegen, welche die Fälligkeit hindert oder hinausschiebt, der Erbe kann nicht sagen, er schulde zurzeit noch nicht, der Gläubiger konnte die Forderung nicht fordern, sondern der Erbe kann lediglich durch obiges Verlangen die endgültige Inanspruchnahme des Nachlasses und seines übrigen Vermögens, die Durchführung der Vollstreckung auf einige Zeit hindern, also hinausschieben, und er kann das gleiche (§ 783 ZPO.) gegenüber den Gläubigern, die nicht Nachlaßgläubiger sind."[2]) Das Wesen der Einreden aus §§ 2014, 2015 besteht nicht nur in der Gewährung einer Ueberlegungsfrist für den Erben zur Prüfung der Kräfte des Nachlasses[3]) und nicht in dem Schutze gegen Zugriff der Gläubiger, „was gegen diese unbillig wäre".[4]) Noch in einem anderen Momente liegt vielmehr der Zweck der Einreden. Dieser Zweck ist Vermeidung der Befriedigung, denn „nur sie ist dem Erben gefährlich".[5]) Deswegen reduziert sich die Wirkung der Einreden aus §§ 2014, 2015 nur auf Beschränkung der Zwangsvollstreckung und „nur Betreibung der Nachlaßverbindlichkeit, die Zwangsbefriedigung wird dem Gläubiger verwehrt".[6]) Der Nachlaßgläubiger kann gegen den Erben einen unbedingt vollstreckbaren Titel erwirken, und nur, „wenn der Gläubiger die in Beschlag genommenen Gegenstände versteigern oder den gepfändeten Geldbetrag in Empfang nehmen oder die gepfändete Forderung sich überweisen lassen will, hat der Erbe

---

[1]) vgl. Herzfelder S. 242.

[2]) Ebenda.

[3]) So einseitig: Cosack Bd. 2 S. 760; Enneccerus-Lehmann Bd. 2 S. 693; Kipp-Windscheid Bd. 3 S. 498, IX u. a.

[4]) Gaupp-Stein Bd. 1 S. 724.

[5]) Hachenburg, Vorträge S. 700; vgl. auch Nauenburg a. a. O. S. 27.

[6]) Jaeger, Erbenhaftung S. 3.

Recht, Widerspruch zu erheben".[1]) Aber die Tatsache allein, daß der Erbe die Durchführung der Zwangsvollstreckung beschränken kann, gibt ihm noch kein materielles Recht.[2]) Und wenn somit, trotz der Geltendmachung der Einreden aus §§ 2014, 2015, die Klage des Nachlaßgläubigers nicht abgewiesen wird, wenn das gegen den Erblasser bereits begonnene Verfahren nicht unterbrochen und der Anspruch durch die Einreden nicht betroffen wird, und wenn ihre Wirkung sich nur im Stadium der Zwangsvollstreckung äußert, so bleibt kein Platz für die Konstruktion der materiellrechtlichen Einreden aus §§ 2014, 2015 und für den Ausschluß des Leistungsverzuges des Erben.

Nicht nur das: die Annahme der Theorie des Verzugsausschlusses führt zu einer Reihe praktisch unhaltbarer und unbilliger Konsequenzen. Indem sie die Zahlung der Verzugszinsen ausschließt, gibt sie dem Erben eines solventen Nachlasses die Möglichkeit, eine Geldschuld während einer mehr als einjährigen Frist zinslos zu behalten und dadurch auf Kosten des Nachlaßgläubigers einen unverdienten Gewinn zu erlangen. Sie raubt dem Gläubiger das Recht, von einem mit dem Erblasser geschlossenen Vertrag zurückzutreten, da bei zweiseitigen Verträgen Verzug des Schuldners Voraussetzung des Rücktrittsrechts bildet (§ 326 BGB.). Bei Naturalleistungen kann sich der Gläubiger infolgedessen nicht etwa durch Weiterveräußerung der geschuldeten Sache von der Gefahrtragung befreien; er kann nicht Schadensersatz wegen Nichtleistung verlangen; es wird ihm auch die zu seinen Gunsten verwirkte Konventionalstrafe weggenommen. Eine harte Unbilligkeit einerseits und eine ungeheuere Begünstigung andererseits!

Wenn aber die Einreden aus §§ 2014, 2015 als nicht materiellrechtliche sich herausstellen, so kann auch kein Gewicht darauf gelegt werden, daß sie dessenungeachtet im Bürgerlichen Gesetzbuch, nicht in der Zivilprozeßordnung enthalten sind. Zwar will Winterfeld in einer solchen Auslegung etwas „Mißliches" erblicken, aber ein anderer Vertreter der Theorie des Verzugs-

---

[1]) Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 379.

[2]) Fuchs im Recht 1905 S. 425.

ausschlusses, Engländer, sagt[1]) mit Recht: „Die beiden Gesetze sind keineswegs so gefaßt, daß die Zivilprozeßordnung nur prozessualrechtliche Normen enthielte". Engländer weist auf die Einreden des Zurückbehaltungsrechts (§ 273 BGB.) und des nicht erfüllten Vertrages hin, deren prozeßrechtliche Wirkungen und Formulierung des Urteilstenors, — „also zweifellos prozessuale Fragen", jedoch im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelt sind. Bemerkenswert ist, daß Fischer, wie schon oben erwähnt, noch im Jahre 1889 über die Bestimmungen des § 2130 1. Entw. (= §§ 2014, 2015 BGB.) gesagt hat: „Alle diese Bestimmungen stehen freilich mit bestimmten erbrechtlichen Instituten in näherem Zusammenhange. Da sie aber aus privatrechtlichen Vorschriften prozessualrechtliche Konsequenz ziehen, so gehören sie dem Prozeßrechte an, ebenso gut wie Vorschriften über die besonderen Gerichtsstände, welche sich verschiedenen Gattungen privatrechtlicher Forderungen anschließen".[2])

Das sind im kurzen die Erwägungen, die zur Entstehung der Theorie des Verzugsaustrittes geführt haben. Jedoch bestehen innerhalb dieser gewisse Modifikationen. Die einen haben sich bloß gegen die materiellrechtliche Natur der Einreden aus §§ 2014, 2015 und gegen den Verzugsausschluß ausgesprochen, die anderen — Herzfelder und Fuchs — haben einen Schritt weiter getan und die Einreden als „prozessuale" bezeichnet. Bei der Schwierigkeit der Feststellung dieses Begriffes läßt sich aber diese Behauptung schwer rechtfertigen.

Wenn aber in der vorliegenden Arbeit trotzdem behauptet wird, daß die Einreden aus §§ 2014, 2015 keine materiellrechtlichen Einreden im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches sind und wenn sie trotzdem als prozeßrechtliche bezeichnet werden, so muß zunächst festgestellt werden, wie diese Behauptung zu verstehen ist.

Bekanntlich ist der Begriff „Einrede" einer der bestrittendsten schon in der gemeinrechtlichen Literatur gewesen;[3]) aber auch im Bürgerlichen Gesetzbuch herrscht nicht volle Klarheit über seinen Inhalt (was schon aus dem Umstande zu schließen ist, daß

[1]) Engländer a. a. O. S. 32.

[2]) Fischer a. a. O. S. 62.

[3]) vgl. Friedenthal a. a. O. S. 1/12 und die dort angeführte Literatur.

Friedensthal im Bürgerlichen Gesetzbuche 7 dilatorische und 18 peremtorische Einreden aufzählt, Langheineken dagegen 17 dilatorische und 26 peremtorische). Näher auf diese komplizierte Frage einzugehen, geht über den Rahmen der vorliegenden Arbeit hinaus. So viel aber gehört sicher zum Inhalte des Einredebegriffes:

Eine materiellrechtliche Einrede liegt dann vor, wenn der Berechtigte dem gegen ihn gerichteten Anspruch ein Gegenrecht entgegenstellen kann, das sich gegen den Anspruch als solchen richtet und den Anspruch aufhebt oder hemmt.[1]) Die Forderung, der eine solche Einrede entgegensteht, kann nicht geltend gemacht werden, denn die auf ihre Geltendmachung gerichtete Klage wird beim Vorschützen einer materiellrechtlichen Einrede abgewiesen,[2]) und die Verurteilung des Beklagten ist ausgeschlossen. Nach Hölder bedeutet die Geltendmachung einer materiellrechtlichen Einrede, daß der Anspruch zurzeit gar nicht existiert, denn es ist „die Fälligkeit der Leistung und damit die Existenz des Anspruchs ausgeschlossen".[3]) Nicht nur auf Grund einer peremtorischen, sondern auch auf Grund einer dilatorischen Einrede erlischt der Anspruch „bis zum Wegfall der Einredevoraussetzungen".[4])

Alle diese Merkmale und Wirkungen der materiellrechtlichen Einreden fehlen bei den Einreden aus §§ 2014, 2015. Sie betreffen nicht den Anspruch, sondern seine Durchführung im Wege der Zwangsvollstreckung. Die Leistungspflicht des Erben wird nicht berührt: er ist und bleibt Schuldner der Nachlaßverbindlichkeit. Die Klage des Gläubigers wird auf Grund des § 305 ZPO. nicht abgewiesen; der Erbe wird zur Leistung verurteilt. Er kann nur Beschränkung der Zwangsvollstreckung auf die Arrestmaßregeln verlangen, und dieses Verlangen erfolgt erst im Stadium der Zwangsvollstreckung. Der Erbe braucht sich nicht einmal auf die Einreden im Prozesse zu berufen. Es ist klar, daß unter

[1]) Einrede als Gegenrecht Crome Bd. 1 S. 183; Hölder, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 93 S. 68 ff.; Langheineken S. 43; Zitelmann S. 28. Die Einrede als Recht bezeichnet im BGB. §§ 325 I, 440 I, 1990 II, 1991 I, 2059 I, 2206 II u. a.

[2]) vgl. Langheineken S. 355, 4 u. a.

[3]) Hölder in Buschs Zeitschr. Bd. 29 S. 78.

[4]) Siber a. a. O. S. 147.

solchen Umständen von einer materiellrechtlichen Einrede nicht die Rede sein kann, und wenn unten behauptet wird, daß die Einreden aus §§ 2014, 2015 prozessualer Natur sind, so wird damit zu sagen bezweckt, daß ihre Wirkung nur in Beschränkung der Vollstreckbarkeit nach Maßgabe des § 782 ZPO. besteht.

Wenn aber, infolge der Geltendmachung der Einreden aus §§ 2014, 2015, der Glaubiger, ökonomisch betrachtet, bis zum Wegfall der Einreden die Erfüllung seiner Forderung nicht erlangen kann, oder, vom Standpunkte des Schuldners gesprochen, der Erbe seine Verbindlichkeit nicht zu erfüllen braucht oder, mit anderen Worten, „die Leistung verweigern darf", so ist diese der Wirkung einer materiellrechtlichen Einrede ähnliche Folge der Geltendmachung der Einreden aus §§ 2014, 2015 nur sozusagen ein Reflex der Geltendmachung dieser Einreden, wie überhaupt das Recht der Leistungsverweigerung eine „bloße Folgeerscheinung aus der vom Willen des Schuldners abhängigen Ausschließung der Geltendmachung des Anspruchs ist".[1])

Wie schon oben erwähnt, haben alle diese Erwägungen der Theorie des Verzugseintrittes viele Autoren veranlaßt, ihre frühere Meinung aufzugeben und diese Theorie zu akzeptieren. Aber eine Anzahl anderer Autoren bleibt bei der alten Theorie stehen und erhebt sogar Widersprüche gegen die Richtigkeit der neuen. Diese Widersprüche liegen teils auf dem Gebiete der praktischen Erwägungen (darüber unten §§ 13 ff.), teils auf dem der theoretischen. In letzter Beziehung sind es hauptsächlich 3 Punkte, die deshalb näher betrachtet werden müssen. Es sind:

1. die Bedeutung des § 202 BGB. für die Entscheidung der Streitfrage,
2. das Verhältnis des § 782 ZPO. zu den §§ 2014, 2015 BGB..
3. Der Unterschied zwischen dem Recht, „die Berichtigung einer Verbindlichkeit", und dem Recht, „die Leistung zu verweigern".

---

[1]) Langheineken S. 143; ebenso Endemann Bd. 1 S. 518.

Die Gründe der Theorie des Verzugseintrittes, ihre Kritik und Gegenkritik.

§ 8.

Die Bedeutung des § 202 BGB. für die Entscheidung der Streitfrage.

Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält in den Bestimmungen der §§ 2014, 2015 keine ausdrückliche Entscheidung der Frage, ob unsere Einreden materiellrechtlicher oder prozessualer Natur sind. Von maßgebender Bedeutung in dieser Beziehung ist daher die Vorschrift des § 202 Abs. 2, wo den Einreden aus §§ 2014, 2015 eine der charakteristischen Eigenschaften der materiellrechtlichen Einreden abgesprochen wird.

Im Abs. 1 des § 202 sagt BGB., daß die Verjährung einer Forderung gehemmt wird, „solange die Leistung gestundet oder der Verpflichtete aus einem anderen Grunde vorübergehend zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist". Nach übereinstimmender Meinung der Literatur handelt es sich hier um die Hemmung der Verjährung durch aufschiebende materiellrechtliche Einreden.[1]) Nun ist aber im Abs. 2 bestimmt, daß die Verjährung nicht gehemmt wird bei der Geltendmachung der Einrede des Zurückbehaltungsrechts (§ 273 BGB.), des nichterfüllten Vertrages (§ 320 BGB.), der mangelnden Sicherheitsleistung (§§ 258, 867 BGB.), der Vorausklage (§ 771), der Einrede des Bürgen aus § 770 und endlich der dem Erben nach §§ 2014, 2015 zustehenden Einreden.[2]) Eccius hat als erster hingewiesen auf diese Bestimmung des Gesetzes als eine, die bei den „aufschiebenden" Einreden ein Begriffsmerkmal verneint, das sonst den materiellrechtlichen dilatorischen Einreden des Bürgerlichen Gesetzbuches wesentlich ist. Für Herzfelder bedeutet dieser Umstand einen Beweis dafür, daß die Redaktionskommission gegen den Verzugs-

[1]) vgl. Zitelmann a. a. O. S. 178, d β 2; Cosack Bd. 1 S. 269, 6; Enneccerus-Lehmann Bd. 1 S. 342; Neumann S. 195, 1 ff.

[2]) Nach röm. Recht, wo der Erbe während der Inventarerrichtung eine materiellrechtliche Einrede nach l. 22 § 11 C. 6, 30 gehabt hat, ruhte auch während dieser Zeit die Verjährung. Vgl. Fuchs in Buschs Zeitschr. Bd. 23 S. 455 und im Recht 1905 S. 339.

ausschluß war. Denn sie war es, welche den § 202 Abs. 2 BGB. dahin geändert hat, daß den dilatorischen Einreden, die die Verjährung nicht hemmen, die Einreden aus §§ 2014, 2015 hinzugefügt wurden, weil sie „nur die Folge haben, daß die Durchführung der Zwangsvollstreckung in den vorgesehenen Fristen unzulässig ist".[1])

Gegen diese Auslegung der Bedeutung des § 202 Abs. 2 für die Entscheidung unserer Frage hat m. W. nur Winterfeld Widerspruch erhoben. Die von ihm gemachten Gegenbehauptungen dürfen hier der Vollständigkeit wegen nicht übersehen bleiben. Ihre Widerlegung aber bedeutet zugleich einen weiteren Grund für die Richtigkeit der oben vertretenen Ansicht.

Nach Winterfelds Meinung muß aus der Annahme, daß die Nichthemmung der Verjährung bei der Geltendmachung einer Einrede der letzteren den materiellrechtlichen Charakter nimmt, geschlossen werden, daß alle im § 202 Abs. 2 erwähnten Einreden keine materiellrechtlichen oder, wie sich Winterfeld ausdrückt, keine „wahren dilatorischen Einreden" sind. „Da ist in erster Linie die Einrede des Zurückbehaltungsrechts (§§ 273, 274 BGB.) und die Einrede des nicht erfüllten Vertrages; bei beiden ist sich die Literatur darüber einig, daß es sich um echte verzögerliche Einreden handelt."[2]) Auch die anderen Einreden machen, nach Winterfelds Ansicht, davon keine Ausnahme. „Die Einreden der §§ 2014, 2015 sollen nun die einzigen sein, die hiervon eine Ausnahme machten? Gerade auf die möglichst gleichmäßige und übereinstimmende Verwendung technischer Begriffe hat ja die zweite Kommission ihre Hauptsorgfalt gerichtet."[3]) Mit anderen Worten will Winterfeld sagen, daß wir vor der Alternative stehen: Entweder sind alle im § 202 Abs. 2 aufgezählten Einreden materiellrechtlicher Natur oder — wenn nämlich die Einreden aus §§ 2014, 2015 nicht materiellrechtliche sind — sind alle diese Einreden keine materiellrechtlichen.

Diese ganze Beweisführung beruht auf zwei Annahmen, von denen die erste unbeweisbar und bestritten ist, die zweite

[1]) Herzfelder S. 242; Prot. Bd. 6 S. 383.
[2]) Winterfeld S. 21.
[4]) Winterfeld S. 32.

ganz willkürlich und subjektiv. Nämlich: 1. alle in Abs. 2 aufgezählten Einreden sind materiellrechtliche; 2. es ist unmöglich, daß die Einreden aus §§ 2014, 2015 die einzigen Ausnahmen davon wären, „ohne daß es das Gesetz für erforderlich hielte, diese Ausnahme deutlich hervorzuheben".[1])

Die erste Annahme ist insofern sachlich unrichtig, als viele Autoren die materiellrechtliche Natur der im Abs. 2 § 202 aufgezählten Einreden verneinen. Was z. B. das Zurückbehaltungsrecht anbetrifft, so ist es nach Endemanns Meinung[2]) „nicht als materielles Recht anzuerkennen... Seine Wirkung erschöpft sich darin, daß der Verpflichtete nur zu Erfüllung Zug um Zug verurteilt wird". Der Grund ist also der ähnliche wie bei den Einreden aus §§ 2014, 2015. Die Einrede berührt den Anspruch selbst nicht. Sie hat „nur die Wirkung, daß der Schuldner zur Leistung gegen Empfang der ihm gebührenden Leistung zu verurteilen ist" (§ 274). Also sind die Einreden aus §§ 2014, 2015 schon nicht die einzige Ausnahme aus den „wahren dilatorischen Einreden" des Abs. 2 § 202 BGB. Steht es aber so unerschütterlich fest, daß alle übrigen (vier!) Einreden materiellrechtliche sind? Auch das ist nicht zweifellos. Bei der „Exceptio non adimpleti contractus" war schon in der gemeinrechtlichen Literatur die Meinung vertreten, daß es sich hier überhaupt nicht um eine Einrede handelt, sondern nur um eine „direkte Verneinung, Behauptung, daß die klägerische Forderung schon an und für sich unbegründet ist. Diese Ansicht wird unter Neueren verteidigt von Glück, Lang, Schenck, Sintenis, Keller".[3]) Aber auch im Bürgerlichen Gesetzbuch wird dieselbe Meinung vertreten. „Mit Unrecht", sagt Hölder,[4]) „zählt § 202 Abs. 2 BGB. zu den vorübergehenden (Hölder meint damit die dilatorischen materiellrechtlichen Einreden) die Einreden des Zurückbehaltungsrechts, des nicht erfüllten Vertrages und der mangelnden Sicherheitsleistung. Nach den Bestimmungen des Gesetzes begründet die Geltendmachung dieser Einreden nicht Abweisung der Klage, sondern eine Be-

[1]) Winterfeld S. 22.
[2]) Endemann, Lehrb. Bd. 1 S. 519/20.
[3]) Windscheid-Kipp Bd. 2 S. 319 Anm. 2.
[4]) Hölder in Buschs Zeitschr. Bd. 29 S. 78.

schränkung der Verurteilung. Es handelt sich nicht darum, daß die Leistung noch nicht fällig wäre oder nicht verlangt werden könnte". Auch im Lager der Vertreter der Theorie des Verzugsausschlusses wird anerkannt, daß nicht alle Einreden des § 202 Abs. 2 materiellrechtlicher Natur sind. So meint z. B. auch Engländer,[1]) daß die Einreden des Zurückbehaltungsrechts und des nicht erfüllten Vertrages rein prozessuale Einreden sind.

Die von Winterfeld gemachten Einwendungen entbehren also jeder Bedeutung. Nicht alle im § 202 Abs. 2 enthaltenen Einreden sind materiellrechtliche, die Einreden der §§ 2014, 2015 stellen keine Ausnahme dar. Die oben aufgestellte Behauptung, daß die Erwähnung der „aufschiebenden Einreden" in § 202 Abs. 2 der Annahme der materiellrechtlichen Natur dieser Einreden widerspricht, bleibt somit bestehen.

Die Bedeutung des § 202 Abs. 2 in einer anderen Beziehung ist schon oben untersucht worden: Die Nichthemmung der Verjährung beweist, daß der Gläubiger seine Klage als eine auf gegenwärtige Leistung erheben kann. Auch das führt zu dem Schlusse: Die Einreden aus §§ 2014, 2015 sind keine materiellrechtlichen Einreden im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

§ 9.

Das Verhältnis des § 782 ZPO. zu den §§ 2014, 2015 BGB.

In den §§ 2014, 2015 sagt das Gesetz ganz unbestimmt, daß der Erbe während der dort festgestellten Fristen berechtigt ist, „die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit zu verweigern". Es ist eine der zwei Stellen, wo das Bürgerliche Gesetzbuch dieser Ausdrucksweise sich bedient. Die andere Stelle ist § 2059, der dem Erben zweifellos (wenn auch bestritten) ein prozessuales Recht gibt. Welchen Inhalt und welche Wirkungen hat das Verweigerungsrecht der §§ 2014, 2015? Die später als das Bürgerliche Gesetzbuch erlassene Zivilprozeßordnung gibt darauf eine Antwort: Der Erbe kann nur verlangen, daß die Zwangsvollstreckung für die Dauer der dort bestimmten Fristen auf solche Maßregeln beschränkt wird, die zur Vollziehung eines Arrestes zu-

[1]) Engländer a. a. O. S. 32.

lässig sind. Da, wie wir oben festgestellt haben, die Geltendmachung der Einreden aus §§ 2014, 2015 keine anderen als im § 782 ZPO. bestimmten Wirkungen hat, ist es verständlich und natürlich, daß die Vertreter der Theorie des Verzugseintrittes die Fassung der §§ 2014, 2015 für völlig belanglos erklären und behaupten, daß mit dem „nur" des § 782 ZPO. das später erlassene Gesetz die Wirkung der Einreden aus §§ 2014, 2015 erschöpfend feststellen will. Die Vorschriften des § 782 (und § 305) ZPO. sind nach treffender Bemerkung Strohals[1]) „so gedacht, daß die aufschiebenden Einreden der §§ 2014, 2015 BGB. auf die Entscheidung der Frage, wozu der Erbe auf die vom Nachlaßgläubiger erhobene Klage hin zu verurteilen ist, überhaupt keinen Einfluß haben sollen, so daß der Erbe auf Grund derselben in Übereinstimmung mit dem 1. Entw. nur die im § 782 ZPO. bestimmte Einschränkung der Zwangsvollstreckung verlangen kann".

Nun will aber Winterfeld wieder auf Grund der Materialien beweisen, daß das „nur" des § 782 ZPO. eine ganz andere Bedeutung hat. Wir haben schon oben den Wert der Materialien bei der Auslegung des Gesetzes kennen gelernt. Aber wenn ihr Inhalt auch entscheidend gewesen wäre, so könnte man doch nichts gegen das oben Gesagte einwenden, da die ganze Argumentation Winterfelds sachlich unrichtig ist. Winterfeld erklärt das „nur" auf folgende Weise[2]): „Der § 2130 1. Entw. hatte in der dem heutigen § 2015 entsprechenden Vorschrift bestimmt, daß der Erbe während der Dauer des Aufgebotsverfahrens die Einstellung jeder Zwangsvollstreckung im allgemeinen sowie die Aufhebung derjenigen Maßregeln der Zwangsvollstreckung verlangen könne, die erst nach dem Aufgebotsantrage erfolgt wären; die Kommission zur Beratung des 2. Entw. stand nun vor der Frage: „Sollen wir dem Erben dieses weitgehende Recht, eine Aufhebung der Zwangsvollstreckung verlangen zu dürfen, auch geben?" Sie antwortete, m. E. mit Recht: „Nein, sondern er soll nur die Beschränkung auf Arrestmaßregeln fordern dürfen".

---

[1]) Strohal S. 205/06.

[2]) Winterfeld S. 18.

Diese ganze Erörterung ist tatsächlich unrichtig. Die 2. Kommission konnte das von Winterfeld geschilderte Selbstgespräch schon aus dem Grunde nicht führen, weil die Kommission bei der Beratung des § 694a ZPO. (= § 782 ZPO.) vor sich nicht den 1. Entw., sondern die Vorlage der Subkommission gehabt hat. In der letzteren aber ist von einem vollen Ausschluß der Zwangsvollstreckung schon nicht mehr die Rede.[1]) Die Kommission war also faktisch nicht in der Lage, das „nur" in dem Sinne Winterfelds zu gebrauchen. Es wäre nur der Subkommission möglich gewesen, denn diese war es, die vor sich den 1. Entw. mit der bezüglichen Bestimmung gehabt hat. Wenn dieselbe das Winterfeldsche Selbstgespräch geführt hätte und den vollen Ausschluß der Zwangsvollstreckung hätte verneinen wollen, so konnte nur sie es in diesem Sinne in die Fassung des § 694a ZPO. hineinbringen. Auch sie hat es aber nicht getan, und in der Vorlage enthält der § 782 noch kein „nur". Erst am Ende der Verhandlungen der Kommission wurde redaktionell beantragt, den § 694a anders als in der Vorlage zu fassen. Und nur in dieser neuen Fassung kommt zuerst das „nur" in Erscheinung und bleibt auch im Gesetz.

Es fehlt also jeder Grund zu der Auslegung des „nur" im Sinne Winterfelds. Auch die Materialien bieten keinen Anlaß dazu. Die Wirkung der Einreden aus §§ 2014, 2015 darf aber überhaupt nicht auf Grund der Materialien, sondern muß auf Grund des Gesetzes in Zusammenhang mit den Gestaltungen des praktischen Lebens bestimmt werden. Und in dieser Beziehung sind neulich ausschlaggebende Erwägungen für die Richtigkeit der oben vertretenen Auslegung der Bedeutung des § 782 von Strohal geltend gemacht worden.

Strohal weist darauf hin, daß die Einreden aus §§ 2014, 2015 den Erben auch dann schützen, wenn ein Nachlaßgläubiger den Vollstreckungstitel bereits gegen den Erblasser erlangt hat und nun die Zwangsvollstreckung gegen den Erben begonnen oder fortgesetzt werden soll. „In diesen Fällen", sagt Strohal, „ist es aber mit Rücksicht auf § 782 ZPO. ganz zweifellos, daß

[1]) vgl. Prot. Bd. 5 S. 774.

der Erbe auf Grund der aufschiebenden Einreden der §§ 2014, 2015 nur verlangen kann, daß die Zwangsvollstreckung für die Dauer der dort bestimmten Fristen auf solche Maßregeln beschränkt wird, die zur Vollziehung eines Arrestes zulässig sind. Die Möglichkeit, daß der Erbe hinsichtlich der in den §§ 2014, 2015 bestimmten Fristen von den dem Gläubiger in dem gegen den Erblasser ergangenen Urteil bereits zugesprochenen Verzugs- oder Prozeßzinsen hinterher wieder entlastet werde, ist also ausgeschlossen."[1])

Es ist klar, daß die Richtigkeit dieser Argumentation als solcher nicht bestritten werden kann. Das ist auch m. W. von keiner Seite geschehen. Anders mit der Bedeutung des angeführten Falles. Winterfeld will in seiner Anführung eine petitio principii erblicken.[2]) „Die neuere Ansicht soll beweisen, daß die aufschiebenden Einreden lediglich prozessuale Bedeutung haben, und sie wählt hierzu einen Fall, in dem schlechterdings die Frage, ob die fraglichen Einreden auch materiellrechtliche Wirkungen haben, nicht mehr akut werden kann ... Das von Strohal angeführte Beispiel ist so gewählt, daß für den Erben nur noch die Einrede aus § 782 ZPO. übrigbleibt."

Diese Bemerkung schießt aber über das Ziel hinaus. Das angeführte Beispiel will nur zeigen, daß es Fälle gibt, wo auch die Vertreter der Theorie zuzugeben gezwungen sind, daß der Erbe auf Grund der Einreden aus §§ 2014, 2015 nur das in § 782 ZPO. Bestimmte verlangen kann. Und daß es der Fall ist, gibt auch Winterfeld zu.

Aber einen noch besseren grundsätzlichen Beweis dafür, daß die §§ 2014, 2015 für die Frage, wozu der Erbe auf Grund der Einreden aus §§ 2014, 2015 zu verurteilen ist, keine Bedeutung haben, erbringt der folgende vom Kammergericht[3]) aufgeworfene, aber nicht entschiedene, von Herzfelder erwähnte und von Strohal erläuterte Fall: „Macht ein Nachlaßgläubiger nach Ablauf der Dreimonatsfrist des § 2014, aber noch bevor der Erbe

---

[1]) Strohal S. 205 β.
[2]) Winterfeld S. 19.
[3]) vgl. RJLG. Bd. 3 S. 435.

den Antrag auf Erlassung des Aufgebots der Nachlaßgläubiger gestellt hat, auf Grund des Leistungsverzugs des Erben Ansprüche geltend, so kommt dem Erben die Einrede des § 2014 nicht mehr und die des § 2015 noch nicht zustatten".[1]) Der Erbe kommt während dieser Zwischenzeit auch vom Standpunkte der Theorie des Verzugsausschlusses in Verzug. Was kann er aber verlangen, wenn er später die Einrede des § 2015 geltend machen kann? „Nach § 782", antwortet mit Recht Strohal, „nichts weiter, als daß die Zwangsvollstreckung des Gläubigers die mehrerwähnte Beschränkung erfährt. Davon, daß die zum Nachteil des Erben eingetretenen Verzugsfolgen nunmehr nach rückwärts hin als nicht eingetreten anzusehen seien, ist keine Rede, es muß also bei denselben bewenden."[2])

Das alles führt zu dem von der Theorie des Verzugsausschlusses behaupteten Ergebnis, daß dasjenige, was der Erbe nach § 782 ZPO. verlangen kann, zugleich das einzige ist, was er auf Grund der §§ 2014, 2015 überhaupt verlangen darf.

§ 10.

Der Unterschied zwischen dem Recht, „eine Leistung zu verweigern", und dem Recht, „die Berichtigung einer Verbindlichkeit zu verweigern".

Obgleich die auf der abweichenden Ausdrucksweise des Gesetzes beruhende Interpretation im Bürgerlichen Gesetzbuch an und für sich nicht bindend ist, kann sie bei Vorhandensein anderer Erwägungen für die Richtigkeit der einen oder der anderen Auslegungsweise auch in Betracht gezogen werden. So steht es mit der Auslegung der §§ 2014, 2015. Es war wieder Eccius, der darauf hingewiesen hat, daß auch die Ausdrucksweise des Bürgerlichen Gesetzbuchs einen weiteren Beweis dafür bietet, daß diese Einreden keine materiellrechtlichen sind. Das Bürgerliche Gesetzbuch, wenn es von einer materiellrechtlichen Einrede spricht, gebraucht immer den Ausdruck: „das Recht, eine Leistung zu ver-

[1]) Strohal S. 205 β.
[2]) Strohal S. 205 β.

weigern".[1]) Im § 2014 spricht aber das Gesetz von dem Recht, „die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit zu verweigern".[2]) Ist das ein Zufall oder bedeutet die sprachliche Verschiedenheit auch einen inhaltlichen Unterschied? Eccius, Herzfelder[3]) und Fuchs[4]) antworten, daß das Gesetz unter diesen verschiedenen Ausdrücken etwas wesentlich anderes versteht. Gerade daraus, meint Fuchs a. a. O., daß die Zivilprozeßordnung besondere Vorschriften für den Fall der Geltendmachung der aufschiebenden Einreden hat, und daß diese Vorschriften etwas ganz anderes anordnen als das, was im Falle der Berufung auf ein Leistungsverweigerungsrecht gilt, ergibt sich, daß das Recht, die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten zu verweigern, im Sinne des Gesetzes nicht ein Recht zur Verweigerung der Leistung ist.

Es läßt sich auch tatsächlich nicht bestreiten, daß wenn auch eine der Folgen der Geltendmachung der Einreden aus §§ 2014, 2015 die ist, daß der Erbe vorläufig die Leistung nicht zu erfüllen braucht, so ist doch dieses Leistungsverweigerungsrecht ein anders geartetes, als es sonst der Fall ist. Denn sonst, bei einer Leistungsverweigerung auf Grund einer materiellrechtlichen Einrede, geschieht kein Eingriff in das Vermögen, aus dem der Gläubiger die Leistung verlangt. Im Falle der §§ 2014, 2015 wird aber die Zwangsvollstreckung in das haftende Vermögen nicht untersagt; die geschuldete Sache kann gepfändet werden usw. Der Gläubiger kann die Zwangsvollstreckung sehr weit fortführen. Die einzige negative Grenze ist: nur nicht bis zur Befriedigung. Der Erbe kann verhindern nur die Versteigerung der gepfändeten Sache, die Überweisung der gepfändeten Forderung an den Gläubiger, die Eintragung der Vollstreckungshypothek in einer anderen Form als der einer Sicherungshypothek mit Höchstbetrag. Nur zur Verweigerung des letzten Momentes der Befriedigung ist der Erbe berechtigt. Nur der zur „Berichtigung der Schuld

---

[1]) So definiert den Einzelbegriff auch Langheineken S. 44 unter Berufung auf §§ 273, 320, 321, 322, 478, 770, 771, 821 u. a.

[2]) Eccius bei Gruchot Bd. 44 S. 899.

[3]) Herzfelder S. 242.

[4]) Fuchs im Recht S. 239.

führende Gang der Zwangsvollstreckung wird aufgeschoben".[1]) Eck, kein Anhänger der Theorie des Verzugseintrittes, sagt zutreffend[2]): „Die Schonzeit ist für den Erben durchaus keine Zeit absoluter Ruhe, sondern nur die eigentliche Erfüllung der Nachlaßverbindlichkeit soll ihm nicht abgepreßt werden". Dieses begrenzte Recht bezeichnet das Bürgerliche Gesetzbuch mit Recht nicht als „Leistungsverweigerungsrecht" (bei dem keine Zwangsvollstreckung möglich ist), sondern als Recht, „die Berichtigung der Verbindlichkeit zu verweigern". Das letzte Recht ist ein umfänglich beschränkteres als das erste. Und insofern ist die Terminologie des Bürgerlichen Gesetzbuchs kein Zufall, und es liegt ein Grund zur Unterscheidung dieser beiden Ausdrücke vor.

Gegen diese Erwägungen sind keine inhaltlichen Widersprüche erhoben worden. Nur die Terminologie als solche betreffende Gegenbehauptungen sind von Engländer erhoben und von Winterfeld wiederholt worden. Da aber Winterfeld nichts Neues vorbringt, so können wir uns auf den ersteren beschränken. Engländer behauptet,[3]) daß während das Bürgerliche Gesetzbuch in allen Büchern die Erfüllung einer Verbindlichkeit als „Bewirkung einer Leistung" (z. B. §§ 320, 242) und die betreffende Einrede als „Recht, die Leistung zu verweigern" (z. B. §§ 202, 222, 273, 320 u. a.) bezeichnet, gebraucht es im Erbrecht eine andere Terminologie, und zwar „Befriedigung eines Nachlaßgläubigers" (z. B. §§ 1975, 1981 u. a.) und „Recht, die Befriedigung eines Nachlaßgläubigers zu verweigern" (z. B. §§ 1973, 1990 BGB.) bezw. „Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit" (z. B. §§ 1979, 1985, 1986 a. a.) und „Recht, die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit zu verweigern" (z. B. §§ 2014, 2015, 2059 Abs. 1). Wenn dem aber so ist, meint Engländer, dann ist es verfehlt, auf Grund dieser abweichenden Terminologie den Schluß auf den abweichenden Charakter der Einreden zu machen.[4])

Diese Gegenbehauptungen Engländers sind sachlich un-

---

[1]) Eccius bei Gruchot Bd. 49 S. 156; auch Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 379.

[2]) Eck, Vorträge Bd. 3 S. 38.

[3]) Engländer S. 30; vgl. auch Winterfeld S. 17.

[4]) Engländer S. 32.

zutreffend. Denn erstens ist es unrichtig, daß das Bürgerliche Gesetzbuch anstatt des üblichen Ausdruckes „Recht, eine Leistung zu verweigern" im Erbrechte durchweg eine andere Terminologie verwendet. Als Beispiel diene § 2083: Unter gewissen Bedingungen kann der Beschwerte „die Leistung verweigern". Aber was auch den Ausdruck „Berichtigung usw." anbetrifft, so verwendet ihn das Bürgerliche Gesetzbuch im Zusammenhange mit dem Einrederecht (d. h. „Recht, die Berichtigung zu verweigern") nur an zwei Stellen. Die eine sind unsere §§ 2014, 2015, die andere § 2059 Abs. 1. Und gerade dieser letztere enthält nach Meinung Engländers und Winterfelds nicht eine materiellrechtliche Einrede, sondern ein prozessuales Widerspruchsrecht. Die herrschende Meinung, sagt Winterfeld, hat zunächst die in diesem Paragraphen dem Miterben gegebene Einrede für eine materiellrechtliche gehalten, ist später aber davon abgekommen. In Wirklichkeit herrscht Streit über diese Frage.[1]) Die überwiegende Meinung nimmt aber an, daß auch bei der Geltendmachung der Einrede aus § 2059 Abs. 1 die Verurteilung des Miterben unter Vorbehalt der beschränkten Haftung nicht ausgeschlossen ist. Das Oberlandesgericht Dresden bezeichnet das Recht aus § 2059 direkt als „prozessuale Einrede".[2])

Was kann aber aus dem Umstande, daß das Gesetz von einem „Recht, die Berichtigung einer Verbindlichkeit zu verweigern", außer den §§ 2014, 2015 nur noch in dem einzigen Falle spricht, wo es eine prozessuale Einrede statuiert, geschlossen werden? Nur das eine: Anstatt die Eccius'sche Behauptung zu widerlegen, bringt Engländer nur eine neue Vermutung für ihre Richtigkeit. Denn es kann kaum für Zufall erachtet werden, daß das bezüglich der Terminologie so aufmerksame und genaue Bürgerliche Gesetzbuch den Ausdruck „Recht, die Berichtigung zu verweigern" nur dann verwendet, wenn es von einer prozessualen Einrede spricht. Eher kann das Gegenteil angenommen werden.

Nun will aber Winterfeld den § 2059 Abs. 1 gegen die

---

[1]) vgl. Strohal, Erbrecht Bd. 2 S. 338; Eccius bei Gruchot Bd. 43 S. 814 ff.; Binder Teil 3 S. 278 ff.; Jaeger, Erbenhaftung S. 26 u. a.

[2]) ROLG. Bd. 4 S. 120.

Theorie des Verzugseintrittes auf eine andere Weise ausspielen. Er behauptet, daß die §§ 2014, 2015 eine materiellrechtliche, der § 2059 Abs. 1 eine prozessuale Einrede enthalten, und fragt: „Worin liegt der Unterschied der äußerlich so verwandten Einreden?" Antwort: Er ist in dem Zusatz begründet „aus dem Vermögen, das der Erbe außer seinem Anteil an dem Nachlaß hat". Dadurch wird die Einrede des § 2059 Abs. 1 nicht bloß eine „gegenständlich beschränkte" (vgl. § 783 ZPO.!!), sondern in ihrer Natur eingeschränkte, von einer materiellrechtlichen und prozessualen zu einer lediglich prozessualen.[1]) Und dieser „Zusatz" gibt Winterfeld das Recht, zu sagen, daß der § 2059 Abs. 1 in sich per argumentum a contrario den Satz birgt: „Der Miterbe kann die Leistung überhaupt nicht verweigern; wenn aber der Gläubiger die Zwangsvollstreckung gegen sein Privatvermögen richten will, dann kann er ihn, solange der Nachlaß ungeteilt ist, daran hindern".[2]) Mit demselben Recht kann man aber auch in den §§ 2014, 2015 den Satz entdecken: Der Alleinerbe kann die Leistung überhaupt nicht verweigern, wenn aber der Nachlaßgläubiger die Zwangsvollstreckung über die Grenzen der Arrestmaßregeln hinaus führen will, kann ihn der Erbe daran hindern! Der „Zusatz" bedeutet somit sehr wenig, denn die Natur der Einrede aus § 2059 Abs. 1 wird nicht durch ihn bestimmt, sondern durch die Tatsache, daß auch das Recht aus § 2059 Abs. 1 sich nicht gegen den Anspruch richtet, daß auch durch seine Geltendmachung die Klage des Nachlaßgläubigers auf Leistung nicht abgewiesen, die Verurteilung zur Leistung nicht ausgeschlossen wird, und daß endlich auch dieses Recht, wie die Rechte aus §§ 2014, 2015, nur im Stadium der Zwangsvollstreckung sich offenbart.

Wir sehen: die oben aufgestellte Behauptung über die Verschiedenheit der Ausdrucksweise hat eine inhaltliche Bedeutung, die gegen sie erhobenen Widersprüche vermögen nicht das Gegenteil zu beweisen, und es bleibt nur mit Eccius die Hoffnung auszusprechen, die „Wissenschaft wird allmählich anerkennen: Das Recht, die ‚Berichtigung' einer als klagbare Schuld jetzt anzuer-

[1]) Winterfeld S. 23.
[2]) Winterfeld S. 24.

kennenden Leistung zu weigern, ist etwas wesentlich anderes als das Recht, die Leistung zu weigern und damit Abweisung des zu Unrecht gegenwärtig erhobenen Anspruchs zu erwirken".[1])

§ 11.

Aufrechnung der Forderungen, denen die Einreden aus §§ 2014, 2015 entgegenstehen.

Es ist vom Gesetz festgestellt und von niemandem bestritten worden, daß eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, nicht aufgerechnet werden kann (§ 390 Satz 1 BGB.), schon aus dem Grunde, weil „nur solche Forderungen kompensabel sind, aus welchen eine gegenwärtige Zahlungspflicht entspringt".[2]) Demgemäß könnte der Nachlaßgläubiger seine Forderungen, denen gegenüber der Erbe die Einreden aus §§ 2014, 2015 geltend gemacht hat, nicht gegen die zu den activa des Nachlasses gehörenden Forderungen aufrechnen, wenn die Einreden aus §§ 2014, 2015 materiellrechtliche wären. Dieser Meinung sind auch in der Tat Cosack und Kohler: „Der Dreimonatseinwand schließt die Aufrechnung aus".[3])

Das ist aber nicht der Fall. Die Nachlaßverbindlichkeit ist trotz der Geltendmachung der Einreden aus §§ 2014, 2015 zur Aufrechnung nach § 387 geeignet. Das wird nicht nur von den Vertretern der Theorie des Verzugseintrittes, sondern auch von den Anhängern der entgegengesetzten Theorie anerkannt.

Herzfelder hat zuerst darauf hingewiesen, daß durch die Geltendmachung unserer Einreden die Aufrechnung nicht gehindert wird, da die Einrede aus § 2014 (resp. § 2015) „eine Einrede im Sinne des § 390 BGB. nicht ist, d. h. nicht der Forderung selbst entgegensteht".[4]) Die Möglichkeit der Aufrechnung hat später auch Strohal mit der Begründung anerkannt, daß die den Einreden

---

[1]) Eccius bei Gruchot Bd. 49 S. 157.

[2]) Dernburg, Compensatio S. 476; vgl. auch Endemann Bd. 1 S. 145; Kuhlenbeck S. 321; Langheineken S. 278/79; Zitelmann S. 31; Oertmann S. 225 u. a.; vgl. auch l. 74 D. 16, 2.

[3]) Kohler in Buschs Zeitschr. Bd. 24 S. 9; Cosack Bd. 2 S. 760.

[4]) Herzfelder S. 243; auch Rauenburg S. 35.

aus §§ 2014, 2015 zugrunde liegende bloße Möglichkeit der Überschuldung des Nachlasses nicht eine stärkere Wirkung haben kann als die Konkurseröffnung selbst. Nach § 53 KO. braucht aber der Gläubiger seine Forderungen, mit denen er nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs aufrechnen kann, nicht im Konkurs geltend zu machen. Desto mehr muß ihm aber das Recht gewährt werden, wenn Konkurs nicht vorliegt.[1])

Von den Vertretern der Theorie des Verzugsausschlusses meint Winterfeld, daß die Einreden aus §§ 2014, 2015 die Aufrechnung nicht ausschließen, konstruiert aber diese Möglichkeit auf Grund des § 2016 Abs. 2: „denn der Erwerb einer aufrechenbaren Forderung ist die stärkste Pfandsicherung, die sich der Gläubiger verschaffen kann".[2]) Es ist aber Winterfeld nicht zuzustimmen, wenn er meint, daß die Theorie des Verzugsausschlusses nicht zu der Ausschließung der Aufrechnung zwingt. Die Alternative lautet: Entweder ist die Aufrechnung ausgeschlossen, oder die Einreden aus §§ 2014, 2015 sind keine materiellrechtlichen (§ 390 Abs. 1). Und weil die Aufrechnung nicht ausgeschlossen ist, müssen die Einreden für nicht materiellrechtliche erklärt werden.

§ 12.

Die Theorie Müllers.

Eine besondere Stellung zwischen den Vertretern der Theorie des Verzugsausschlusses nimmt Müller ein. Er stimmt zwar der letzteren bei in ihrer Behauptung, daß die Geltendmachung der Einreden aus §§ 2014, 2015 den Verzug des Erben ausschließt, meint aber, daß diese Einreden materiellrechtliche sind.

Die Argumentation Müllers[3]) ist folgende: Er geht von der Unterscheidung aus zwischen Schuld nnd Haftung einerseits und der unbeschränkten Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten andererseits. Der Erbe haftet für die Schulden in demselben Umfange, in dem sie auf ihn übergegangen sind. Die

[1]) Strohal S. 209ε; vgl. auch Endemann Bd. 1 S. 147, 2.

[2]) Winterfeld S. 66 Anm.

[3]) Müller in DJZ. 1905 S. 685 f.

Verzugsfolgen gehören aber zum Inhalte des Schuldverhältnisses, „weil durch den Verzug des Schuldners kein neues Schuldverhältnis geschaffen, sondern das bestehende Schuldverhältnis nur erweitert wird, und bedeuten demnach die Folgen des Erfüllungsverzuges eine Erweiterung der Schuldhaftung".[1]) Seine Haftung kann aber der Erbe nach Maßgabe der §§ 1990—1992, 1970—1974 beschränken. Den Ausschluß des Verzuges kann er demnach nicht verlangen. Der Erbe kommt in Verzug ebensogut, als ob er der Erblasser wäre. Es ist nicht die Frage der Schuld, sondern der Haftung, daß der Erbe den Verzug des Erblassers fortsetzt, daß die Fälligkeit der Schuld durch den Tod des Erblassers nicht hinausgeschoben wird, und daß der Erbe nach ihrem Eintritt in Verzug kommt.

Der Erbe kommt also in Verzug. Wenn aber der Erbe auf Grund der §§ 2014, 2015 die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit verweigern darf, „so greift diese Bestimmung in das durch Erbfall und Annahme der Erbschaft geschaffene Schuldverhältnis ein, wonach der Gläubiger nunmehr vom Erben zu fordern, der Erbe nunmehr zu leisten hat. Es betrifft sonach die Gewährung des Verweigerungsrechts die persönliche Verpflichtung des Erben zur Erfüllung, d. h. die Frage der Schuld. Der Erbe haftet, aber schuldet nicht, solange die Fristen der §§ 2014, 2015 BGB. für ihn laufen und er von den Einreden Gebrauch macht".[2]) Die Frage der persönlichen Verpflichtung aber, meint Müller, ist keine prozessuale, sondern eine materiellrechtliche Frage.

Die Unhaltbarkeit dieser Konstruktion hat Fuchs im Recht[3]) nachgewiesen. Wenn nämlich Müller den Verzugseintritt zugibt, so spricht er schon damit den Einreden aus §§ 2014, 2015 eine wichtige materiellrechtliche Wirkung ab. Die Frage des Verzugseintrittes ist eine materiellrechtliche. Wenn die Unterscheidung zwischen Schuld und Haftung, d. h. Verneinung des Schuldens und Annahme der Haftung, richtig gewesen wäre, so wäre auch der Verzugseintritt ausgeschlossen gewesen, „denn in Erfüllungs-

---

[1]) Müller ebenda S. 686.
[2]) Müller a. a. O. S. 686.
[3]) Fuchs im Recht 1905 S. 425.

verzug kann nach § 284 BGB. immer nur der Schuldner kommen".[1]) Die Annahme des Verzugseintrittes einerseits und die Ausschließung des „Schuldens" andererseits ist miteinander unvereinbar. Die Bestimmungen des § 2014 greifen in das Schuldverhältnis zwischen dem Erben und Nachlaßgläubiger nicht ein. „Griffen sie in das Schuldverhältnis selbst ein, dann wäre es nicht erklärlich, daß die §§ 305, 782 ZPO. die Klage auf Leistung entsprechend dem Inhalte des Schuldverhältnisses ausdrücklich zulassen. Das Schuldverhältnis bleibt vielmehr allen Einwirkungen auf seinen Bestand in gleichem Maße unterworfen, als es der Fall sein würde, wenn dem Erben die Einreden aus §§ 2014, 2015 nicht zuständen." [2])

Der materiellrechtlichen Verzugstheorie Müllers kann somit nicht zugestimmt werden. Anders steht es mit der Frage, ob nicht die Geltendmachung der prozessualen Einreden aus § 2014 materiellrechtliche Wirkung hat. Wir haben schon oben gesehen, daß dem Erben ein materiellrechtliches leistungsverweigerungsähnliches Recht erwächst. Es ist zwar, besonders von dem Standpunkte des Gläubigers, im letzten Momente eine Leistungsverweigerung (der Gläubiger bekommt nichts, höchstens eine Sicherung, die aber unter Umständen mit Rücksicht auf § 221 KO. sehr problematisch ist), aber eine beschränktere, mit viel bescheidener Wirkung, mit anderen Worten nur eine „Berichtigungsverweigerung".

D. Praktische Konsequenzen der beiden Theorien mit Rücksicht auf die Billigkeitserwägungen.

§ 13.

Einleitendes.

Nicht nur auf dem Gebiete der theoretischen Konstruktionen liegen die Ursachen, die zur Entstehung der Theorie des Verzugseintrittes geführt haben, sondern es war auch die Un-

[1]) Fuchs im Recht 1905 S. 425.
[2]) Fuchs im Recht 1905 S. 425.

haltbarkeit der praktischen Konsequenzen der Theorie des Verzugsausschlusses und die offenbar unbillige Verteilung der Vermögensvorteile und Nachteile zwischen dem Erben und den Nachgläubigern.

Man kann sogar sagen, daß diese unbilligen praktischen Konsequenzen es waren, die der Theorie des Verzugseintrittes ihre meisten Anhänger verschafft haben und viele frühere Vertreter der Theorie des Verzugsausschlusses zu deren Aufgabe veranlaßt haben. Es ist somit verständlich, daß in den Schriften der Theorie des Verzugseintrittes die Billigkeitserwägungen in Verbindung mit der Kritik der praktischen Konsequenzen sich in einem bedeutend größeren Umfange als bei der entgegengesetzten Theorie finden. Von den Vertretern der letzteren hat Dernburg den praktischen Konsequenzen am ersten Aufmerksamkeit geschenkt. Obgleich Anhänger der Theorie des Verzugsausschlusses, hat er, wie unten näher dargestellt werden wird, entgegen der Denkschrift behauptet, daß die Einreden aus §§ 2014, 2015 für die Nachlaßgläubiger eine Härte sind. Der einzige, der von den Vertretern dieser Theorie ausführlich sich über die praktischen Konsequenzen äußert, ist Winterfeld. Dabei versucht er nicht nur, die gegen die Theorie des Verzugsausschlusses gerichtete Kritik zu widerlegen, sondern greift auch die Theorie des Verzugseintrittes an und behauptet, daß diese zu unbilligen praktischen Konsequenzen führt.

Anders in den Schriften der Theorie des Verzugseintrittes. Bei Eccius, Fuchs, Herzfelder und Strohal finden die Forderungen des praktischen Lebens die größte Berücksichtigung. Und das ist auch verständlich: Um der Menschen Willen ist ja das Recht da, und was bedeuten die theoretischen Konstruktionen, wenn sie eine Unbilligkeit sanktionieren? Sagte doch schon Ulpian: ius est ars boni et aequi. Und wenn in der juristischen Literatur auch die Meinung vertreten wird, daß die Billigkeitserwägungen bei der Kritik der Gesetze nicht als ein Maßstab verwendet werden können, so trifft es doch bei der Auslegung de lege lata nicht zu. Petrazycki behauptet zwar,[1]) daß der In-

[1]) L. v. Petrazycki, Lehre vom Einkommen Bd. 2 Anhang: 2. Entw. Zivilpolitik und politische Ökonomie.

halt dessen, was man mit dem Ausdruck „allgemeines Billigkeitsgefühl“ bezeichnet, uns überhaupt nicht bekannt ist, und daß wir es nur mit den Billigkeitsgefühlen der einzelnen Menschen zu tun haben, die zu subjektiv sind, um als Maßstab bei der Kritik der Gesetze zu dienen, die außerdem oft auf falschen Vorstellungen beruhen und zu schädlichen Resultaten führen können; bei der Kritik der Gesetze sind nur objektive, wissenschaftlich (Rechtsgeschichte, Nationalökonomie und Psychologie) festgestellte Kriterien maßgebend (im Anschluß daran entwickelt Petrazycki seine Lehre von der Zivil- und Rechtspolitik).[1]) Aber das Ganze, wenn es überhaupt zutreffend ist, trifft nur für gesetzgeberische Tätigkeit und Kritik de lege ferenda zu, nicht aber bei der Auslegung der schon bestehenden Gesetze. Und hier läßt sich der Inhalt der herrschenden Billigkeitsvorstellungen doch fixieren. Die Formel[2]) — angemessene, den jeweils bestehenden sozialen und humanen Bedingungen entsprechende Verteilung von Rechten und Pflichten — kann uns dabei als Richtschnur dienen.

Es bleibt uns unten nur übrig, einerseits die gegen die Theorie des Verzugsausschlusses gemachten und die praktischen ihre Konsequenzen betreffenden Einwendungen darzustellen, ihre Verteidigung zu berücksichtigen und zu prüfen; andererseits dasselbe auch in betreff der Theorie des Verzugseintrittes zu unternehmen.

§ 14.

Billigkeitserwägungen der Kommission zur Beratung des Entwurfs zweiter Lesung.

Bei der Beratung der von der Subkommission angefertigten Vorlage hat die Minorität in der Kommission die Ansicht vertreten, daß es an jedem inneren Grunde fehle, den Erben durch das Vorschützen der aufschiebenden Einreden nicht in Verzug kommen zu lassen. Demgegenüber behauptete die Majorität, daß

---

[1]) Hauptsächlich in seinen russischen Schriften; vgl. aber auch sein „Aktienwesen und Spekulation“, Berlin 1906 S. 1—22 und Lehre vom Einkommen Bd. 2 Anhang.

[2]) Wundt, Ethik Bd. 2. 3. Aufl. S. 209.

der Ausschluß des Verzuges während der Geltendmachung dieser Einreden sowohl den Interessen des Gläubigers wie auch des Erben entspricht. Es wäre eine unbillige Härte für den Erben, wenn er die Verzugsfolgen tragen müßte, es wäre aber unbillig auch gegen die Gläubiger mit später fälligen Forderungen, denn bei Annahme der Theorie des Verzugseintrittes würden die Gläubiger der später fälligen Forderungen besser gestellt als die anderen[1]) — offenbar dadurch, daß die Geltendmachung der Einreden aus §§ 2014, 2015 überhaupt im Interesse der Gläubigerschaft ist. Da aber der Erbe diese Einreden geltend zu machen berechtigt, nicht aber verpflichtet ist, und da bei der Annahme der Theorie des Verzugseintrittes der Nachlaß mit Verzugsfolgen belastet wird, was aber nicht im Interesse des Erben liegt, wird der letztere die Einreden nicht geltend machen, die Nachlaßgläubiger, wie sie sich melden, befriedigen und dadurch den Nachlaß erschöpfen. Die Gläubiger mit früher fälligen Forderungen werden volle Befriedigung bekommen, den Gläubigern mit später fälligen Forderungen wird aber bei einem unzureichenden Nachlaß nichts bleiben. Diese Unbilligkeit kann aber nur durch die Geltendmachung der Einreden aus §§ 2014, 2015 verhindert werden, und der Ausschluß des Verzuges ist ein passendes psychologisches Mittel dazu.

Wenn das das einzige wäre, was den Verzugseintritt rechtfertige, so könnte man den letzteren leicht entbehren mit Rücksicht auf §§ 1978 ff. BGB. Denn wenn der Nachlaß durch Befriedigung der Gläubiger mit früher fälligen Forderungen erschöpft wird und neue Gläubiger sich melden, wird es doch zu einem Konkurs kommen, und der Erbe wird den Konkursgläubigern für die vor der Konkurseröffnung getroffenen Verfügungen über den Nachlaß als Beauftragter haften. Dabei müssen die Nachlaßgläubiger die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten nur dann als für Rechnung des Nachlasses erfolgt gelten lassen, wenn der Erbe den Umständen nach annehmen dürfte, daß der Nachlaß zur Berichtigung aller Nachlaßgläubiger ausreichte (§ 1979 BGB.). Welche Umstände das sind, ist schwer zu definieren. Negativ läßt es sich

[1]) Prot. Bd. 5 S. 790/91.

aber mit Rücksicht auf § 1970 Abs. 3 feststellen: Die Annahme des Erben darf nicht auf Fahrlässigkeit beruhen, was aber der Fall ist, wenn der Erbe „Grund hat, das Vorhandensein unbekannter Nachlaßverbindlichkeiten anzunehmen".

In den Fällen, wo das Vorhandensein solcher Gründe von vornherein ersichtlich ist (z. B. aus Geschäftsbüchern usw.) oder — was sehr oft, besonders bei Kaufleuten, der Fall ist — Zweifel über Vorhandensein unbekannter Nachlaßverbindlichkeiten entstehen oder entstehen müssen (vgl. § 1970 Abs. 2 Satz 1: Der Kenntnis der Überschuldung steht die auf Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis gleich), besteht für den Erben eine direkte Pflicht, die Einreden aus §§ 2014, 2015 geltend zu machen. Für die Nichtgeltendmachung haftet der Erbe mit seinem eigenen Vermögen. Es bleiben nur diejenigen praktisch kaum vorkommenden Fälle, wo der Nachlaß einerseits dem Erben von vornherein in solchem Maße ausreichend erscheint, daß er alle sich meldenden Nachlaßgläubiger befriedigt, ohne anzunehmen, daß er nach § 1970 verantwortlich werden kann, andererseits aber der Nachlaß gleichzeitig so stark überschuldet ist, daß er durch Befriedigung der sich zuerst meldenden Gläubiger erschöpft wird. Mit sehr kleinen Ausnahmen wird eine ähnliche Unkenntnis seitens des Erben auf Fahrlässigkeit beruhen. Ein vorsichtiger Erbe wird bei der geringsten Möglichkeit der Annahme des Vorhandenseins unbekannter Nachlaßgläubiger zuerst die Einreden aus § 2014 geltend machen, dann das Aufgebotsverfahren beantragen und somit auch die Einrede aus § 2015 geltend machen müssen.

Und was will nun die Kommission tun, um in den Fällen der seltenen, kaum denkbaren Ausnahmen die Gläubiger mit früher fälligen Forderungen nicht „besser als die mit später fälligen zu stellen?" Um diese problematische Unbilligkeit zu verhindern, versagt sie den Nachlaßgläubigern die Verzugszinsen und stellt dadurch in allen Fällen die Gläubiger mit später fälligen Forderungen insofern besser als die mit früher fälligen, als die letzteren mit den ihnen mit Recht gebührenden Verzugszinsen und sonstigen Ansprüchen nicht in Konkurrenz treten.[1]) Um eine Un-

[1]) Herzfelder S. 243.

billigkeit in einem aus 1000 Fällen zu verhindern, will die Kommission in den 999 Fällen eine offenbare Ungerechtigkeit sanktionieren.

Überhaupt sind alle diese Befürchtungen für den Fall zugeschnitten, wo der Nachlaß unzureichend ist und es zum Konkurs kommt. Das letztere findet aber in den Fällen, wo der Erbe die Erbschaft angenommen resp. nicht ausgeschlagen hat, nur relativ sehr selten statt, so daß die Konstruktion der Kommission in den meisten Fällen, wo der Nachlaß ausreichend ist, überhaupt nicht anwendbar ist und somit die Befürchtungen der Kommission ausgeschlossen sind.

Auf seiten der Gläubiger kann also keine Unbilligkeit bei der Annahme der Theorie des Verzugseintrittes vorliegen. Ist es aber vielleicht, was den Erben selbst anbetrifft, möglich? In dieser Beziehung sind alle Bedenken und Zweifel schon bei der Erwägung ausgeschlossen, daß wie es Strohal treffend ausgedrückt hat, der Ausschluß des „Leistungsverzuges des Erben bei später als zureichend sich herausstellendem Nachlasse jedenfalls zu einer empfindlichen Beschädigung der betroffenen Nachlaßgläubiger führen muß, während dem vorwurfsfrei vorgehenden Erben bei der umgekehrten Entscheidung nichts mehr drohen kann, als daß er mit dem Nachlaß für die eingetretenen Verzugsfolgen haften muß".[1]) Der Erbe kann also jedenfalls nicht verlieren, es handelt sich bloß darum, ob er nicht etwas gewinnen kann. Soll er es aber auf Kosten der Gläubiger tun, die auch ohnedem durch den Todesfall leiden? Wäre das billig gewesen?

Den erwähnten, von der Kommission mit Unrecht aufgestellten Behauptungen, die Annahme der Theorie des Verzugseintrittes enthalte Unbilligkeiten, schließt sich auch Winterfeld an, und insofern bezieht sich das oben Gesagte auch auf seine Ausführungen. Winterfeld bleibt aber nicht bei dieser von der Kommission allgemein ausgesprochenen Befürchtung stehen, sondern will auch beweisen, daß es durchaus nicht unbillig ist, durch den Verzugsausschluß die Gläubiger mit den früher fälligen Forderungen den mit später fälligen zu opfern. Jeder wird aber zugeben, daß es vom

[1]) Strohal S. 207.

Standpunkte des praktischen Lebens als ungerecht erscheint, daß die Gläubiger, die beim Leben des Erblassers ihre Forderungen erfüllt bekommen hätten oder im Falle des Verzugs Verzugszinsen erhielten, im Falle des Todes des Schuldners eine lange Zeit, unter Umständen zwei Jahre, ihr Geld unverzinslich in Händen des Erblassers lassen müssen,[1]) nicht Schadenersatz verlangen können und sogar den Anspruch auf die Vertragsstrafe verlieren. Winterfeld erwähnt alles dies, gibt auch zu, „für den einzelnen Gläubiger mag gelegentlich die Hinausschiebung der Leistung eine Härte sein",[2]) will aber den betreffenden Gläubiger damit trösten, daß „er nicht so sehr im Interesse des Erben als im Interesse seiner Mitgläubiger" leidet.[3]) Das ist doch ein schwacher Trost für den Gläubiger! Winterfeld will aber diesem idealen Trost eine materielle Grundlage geben. Er meint, daß der Gläubiger, dessen Forderung heute eine von den zuerst fälligen ist, wird morgen, wenn noch einer seiner Schuldner stirbt, vielleicht in der Zahl der Gläubiger mit später fälligen Forderungen sein. Wenn er aber heute ein Opfer bringt und den Erben für den Verzugseintritt nicht haftbar macht, wird er morgen mehr Chancen haben, daß der andere Nachlaß nicht erschöpft wird und er seine später fällige Forderung befriedigt bekommt. Mit anderen Worten: „Der Verzicht auf die Verzugszinsen im ersten Falle ist gleichsam die Versicherungsprämie dafür, daß er im zweiten Falle sein Kapital unverkürzt erhält".[4]) Diese Erwägung ist im höchsten Maße charakteristisch für die Methode, mit der die Theorie des Verzugsausschlusses arbeitet. Sie besteht darin, daß ihre Vertreter niemals den Regelfall, sondern immer die Ausnahmen vor Augen haben. Und in der Tat, welcher Zusammenhäufung besonderer Umstände bedarf es, um den Tatbestand zu verwirklichen, wo der Erbe die „Versicherungsprämie" erhalten könnte. Bei demselben Gläubiger müssen in der ungefähr gleichen Zeit zwei (oder mehr!) Schuldner sterben, in einem Falle muß seine Forderung eine zuerst fällige sein, im zweiten die zu-

[1]) vgl. Herzfelder S. 243.
[2]) Winterfeld S. 53.
[3]) Winterfeld S. 53.
[4]) Winterfeld S. 52.

letzt fällige, in beiden Fällen muß der Nachlaß insolvent sein und zu einem Konkurs kommen (denn bei einem ausreichenden oder mehr als ausreichenden Nachlaß ist es für die Gläubiger mit später fälligen Forderungen vollkommen gleich, wieviel andere Gläubiger erhalten), in beiden Fällen muß der Nachlaß mit vielen Verbindlichkeiten belastet sein (denn für die vielen Fälle, wo nur ein Gläubiger vorhanden ist, paßt die Versicherungstheorie auch nicht) usw. Wo bleiben aber die vielen regelmäßigen Fälle, wo keine solche Zusammenhäufung von Eventualitäten vorliegt? Womit sollen sich in allen diesen Regelfällen die Gläubiger bei dem Ausschlusse des Verzuges trösten, welche Versicherungsprämie werden sie dabei erhalten?

Diese regelmäßigen Fälle hat vor Augen der Vertreter der Theorie des Verzugsausschlusses, Dernburg, indem er sich gegen die Meinung der Denkschrift richtet, durch die Geltendmachung der Einreden aus §§ 2014, 2015 und durch den Verzugsausschluß „werden die widerstreitenden Interessen des Erben, der Nachlaßgläubiger und der sonstigen Gläubiger des Erben" billig ausgeglichen.[1]) Nach Dernburgs Meinung enthält besonders der § 2015 eine Härte für den Gläubiger. Seine Folge ist: „Die bekannten Gläubiger müssen um Unbekannter willen leiden. Und doch ist der Tod des Schuldners ein Ereignis, welches bei den heutigen Verhältnissen und ihrer mächtigen Publizität einem einigermaßen wachsamen Gläubiger nicht verborgen werden kann und das ihn dazu anspannen müßte, seine Nachlaßforderungen bald zur Kunde des Erben zu bringen".[2]) Auch die Vorschrift des § 2014 bildet „eine sonst im Recht unerhörte Bevorzugung". Und daß nach dem Gesagten diese Vorschriften, wie die Denkschrift behauptet, auch gegen die Interessen der Gläubiger nicht verstoßen, „werden diese schwerlich finden. Es handelt sich hier nicht vorzugsweise um große Geldleute, welche meist ‚gedeckt' sein werden und infolgedessen vom Moratorium nicht betroffen sind, sondern vielfach um Gesinde, ärztliche Helfer, kleine Liefe-

---

[1]) Denkschr. S. 272.

[2]) Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 5 S. 472.

ranten, für welche es etwas bedeutet, wenn sie ihr Geld vielleicht zwei Jahre lang nicht erhalten".[1])

Diese unbilligen Härten können nur bei der Annahme der Theorie des Verzugseintrittes gemildert werden. Aber, wie unten zu zeigen ist, nicht nur diese Härten, sondern auch eine Reihe anderer unhaltbarer Konsequenzen werden bei der Annahme der Theorie verhindert.

§ 15.

Das Rücktrittsrecht der Nachlaßgläubiger.

Es ist das bleibende Verdienst Eccius', auf diejenige Folge der Theorie des Verzugsausschlusses hingewiesen zu haben, die am klarsten deren praktische Unhaltbarkeit zeigt und die darin besteht, daß bei dem Ausschlusse des Verzuges der Gläubiger, der mit dem Erblasser einen zweiseitigen Vertrag geschlossen hat, von dem letzteren nicht zurücktreten kann, da der einzige hier in Frage kommende § 326 BGB. schlechthin den Verzug des Erben voraussetzt. Eccius wählt zur Illustration den folgenden Fall: Der Gläubiger hat bei dem Erblasser eine größere Quantität Getreide gekauft, die er z. B. für die Aussaat oder den Weiterverkauf bestimmt hat. Vor dem Leistungstage stirbt der Erblasser. Der Erbe verweigert auf Grund der §§ 2014, 2015 die Leistung des Getreides. Nach der Theorie des Verzugsausschlusses kommt der Erbe nicht in Verzug, so daß der Gläubiger nicht nach § 326 BGB. von dem Vertrage zurücktreten kann. Welche Folgen zieht das alles nach sich? Für den Erben entsteht die Möglichkeit, mit der Leistung bis zu einer günstigen Preiskonjunktur zu warten, und wenn die Preise gefallen sind, das Getreide für billigen Preis anzukaufen und für den vereinbarten hohen dem Gläubiger abzuliefern; oder wenn der Marktpreis vereinbart ist, wird der Erbe billig ankaufen, die Gelegenheit abwarten, bis die Preise steigen, und dann dem Erben nach diesen hohen Preisen die Leistung anbieten usw.[2]) Der Gläubiger aber, der das ihm nötige

[1]) Ebenda.

[2]) vgl. dazu einen interessanten Artikel des russischen Privatrechts: „Wenn der Verkäufer von dem Käufer eine Draufgabe oder den ganzen Kaufpreis erhalten

Getreide nicht erhalten hat, der dadurch die Aussaat versäumt hat, muß dazu noch immer bereit sein — bei Gefahr des Annahmeverzuges —, zu einem für den Erben günstigen Moment das Getreide in Empfang zu nehmen. Er aber muß den Kaufpreis zahlen und kann bei einer verspäteten Zahlung einer Rate in Verzug kommen.[1])

Der Gläubiger kann sich in solchen Fällen von seiner Leistungs- und Annahmepflicht durch den Rücktritt nicht befreien, wenn ihn der Erbe auch monatelang hinzieht. „Er kann nicht bloß den Interessenanspruch nicht erlangen, auf den er sich nach seinen Gedanken beim Vertragsschluß für den Fall der Säumnis des anderen Teiles vertröstet hat; er muß auch die Nachteile der dauernden Erfüllungsbereitschaft in den Kauf nehmen und soll sich damit trösten, daß ja nun der Erbe Zeit hat, sich zu überlegen, ob er nicht lieber Konkurs anmeldet."[2])

Es bedarf keiner besonderen Betonung, daß diese Folgen im höchsten Maße unbillig sind. Die Unbilligkeit ist groß schon bei der Verpflichtung zur Leistung von Sachen, die der Kursänderung nicht unterworfen sind. Um wieviel größer wird aber diese Unbilligkeit bei solchen Sachen, wie z. B. Wertpapieren, mit Kursänderung? Welche Mißbrauchsgewalt ist dadurch bei dem Ausschlusse des Verzuges in die Hände des Erben gelegt? In welche peinliche und unerträgliche Lage gerät der Gläubiger, wenn er nicht die Möglichkeit hat, von dem Vertrage zurückzutreten? Man muß daher noch in Betracht ziehen, daß es sich oft nicht um einen Erben handelt, der des Schutzes der Einreden aus §§ 2014, 2015 wirklich bedarf, sondern um den Erben eines mehr als ausreichenden Nachlasses, der in gewinnsüchtigen Absichten von den Einreden Gebrauch macht. Mit dem § 226 BGB. kann man in solchen Fällen in der Praxis auch nicht helfen.

Und noch eins: Der Gläubiger kann gegen den Erben auf

---

hat und später die verkauften Gegenstände nicht leistet, indem er die Erhöhung des Preises sieht, so wird er zu der Leistung durch das Gericht gezwungen und dabei nach dem vereinbarten, nicht nach dem höher gewordenen Preis" (Art. 1513 Kodex der Gesetze Bd. 10 Teil 1).

[1]) Eccius bei Gruchot Bd. 49 S. 156.

[2]) Eccius bei Gruchot Bd. 44 S. 90.

Erfüllung klagen, kann sogar seine Verurteilung erwirken, aber, worauf Eccius hingewiesen hat, er kann nicht den Richter veranlassen, in dem Urteil die Frist zu bestimmen, nach deren Ablauf er die Leistung nicht mehr anzunehmen braucht, da auch der § 255 ZPO. „für ihn nicht geschrieben ist".

Alle diese unhaltbaren Konsequenzen können nur bei der Annahme der Theorie des Verzugseintrittes vermieden werden. Nimmt man diese an, so wird dem Gläubiger ein Rücktrittsrecht nach § 326 BGB. gewährt. Er braucht dem Erben nur eine angemessene Zeit mit der Erklärung zu bestimmen, daß er nach dem Ablaufe der Frist die Leistung nicht annehmen wird.

Diese Erwägungen waren, wie es scheint, einer der Hauptgründe, die die früheren Vertreter der Theorie des Verzugsausschlusses — Strohal, Herzfelder und Fuchs — zu deren Aufgabe und zu der Annahme der entgegengesetzten Theorie bewegt haben. Strohal bezeichnet die erwähnten Folgen als „die allerschlimmste Konsequenz" der Theorie des Verzugsausschlusses. Fuchs meint mit Eccius, daß „das praktische Leben dankbar empfinden wird", daß das Gesetz zu der Annahme dieser Theorie nicht zwingt usw.

Auch Winterfeld sieht die Bedeutung dieser Frage ein und widmet der Überlegung der oben bezeichneten Konsequenzen viel Aufmerksamkeit. Hedemann meint in der Besprechung Winterfelds, daß es Winterfeld vor allem verstanden hat, „mit anerkennungswertem Geschick den Vorwurf praktisch unhaltbarer Konsequenzen zu parieren ... Er dreht schließlich den Spieß um, indem er den gleichen Einwand gegen die neue Richtung erhebt".[1])

Bei der großen Bedeutung, die dieser Punkt in unserer Streitfrage hat, kann es nicht umgangen werden, Winterfelds Argumentation näher zu prüfen.

Nach seiner Meinung kann der Nachlaßgläubiger bei den einseitigen Verträgen schon auf Grund des § 283 von dem Vertrage zurücktreten. § 283 ist für alle Fälle des subjektiven Unvermögens geschaffen, „d. h. die Rechte aus § 283 hat der Gläu-

[1]) Hedemann im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 31 S. 415.

biger auch dann, wenn die Leistung durch den Schuldner unterbleibt, ohne daß derselbe dabei im Verzuge war".[1]) Aber auch bei zweiseitigen Verträgen habe der Nachlaßgläubiger ein Rücktrittsrecht, ohne daß der Erbe dabei in Verzug sein muß. Der korrespondierende Paragraph zu dem § 283 sei der § 325: „Er stellt zwar im Abs. 1 fest, welche Rechte der Gläubiger bei der objektiven Unmöglichkeit der Leistung durch den Schuldner haben soll. Im Abs. 2 jedoch wird die objektive Unmöglichkeit dem im § 283 besprochenen Unvermögen gleichgestellt".[2]) Daraus folgt, daß wenn der Nachlaßgläubiger von einem mit dem Erblasser geschlossenen zweiseitigen Vertrag zurücktreten will, braucht er nur (!) gegen den Erben die Klage auf Leistung unter Anerbietung der eigenen Leistung zu erheben, die Verurteilung des Erben zur Leistung zu erwirken, nach erlangter Rechtskraft des Urteils dem Erben eine angemessene Frist mit der Erklärung zu bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe dieser Frist verweigern wird, dann muß er die bestimmte Frist abwarten, und wenn der Erbe noch nicht geleistet hat, kann er endlich von dem Vertrage zurücktreten. Schadensersatz kann er nach Winterfelds Meinung dabei nicht verlangen, denn nach § 283 Abs. 1 Satz 3 tritt die Verpflichtung zum Schadensersatz nicht ein, wenn die Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den der Schuldner nicht zu vertreten hat. Und die Geltendmachung der Einreden aus §§ 2014, 2015 ist nach der Theorie des Verzugsausschlusses ein nicht zu vertretender Umstand. Auch meint Winterfeld, daß wenn der Erbe im Prozesse die Schuld anerkennt, der Gläubiger noch die Prozeßzinsen tragen muß.

Inwiefern trifft das Gesagte zu? Wäre diese ganze Konstruktion richtig gewesen, dann wäre auch somit ein triftiger Grund für die Annahme der Theorie des Verzugseintrittes weggefallen. Bei der genaueren Prüfung ergibt sich aber, daß diese Konstruktion theoretisch und praktisch nicht imstande ist, die von den Vertretern der Theorie des Verzugseintrittes hervorgehobenen

---

[1]) Winterfeld a. a. O. S. 31.
[2]) Winterfeld a. a. O. S. 33.

und von den Anhängern der entgegengesetzten Theorie zugegebenen unleidlichen Folgen zu verhindern.

Und in der Tat: Die Heranziehung des § 283 hat schon deswegen etwas „Mißliches", weil seine Bedeutung in einem ganz anderen Gebiete liegt. Nach der übereinstimmenden Ansicht der Literatur ist der Zweck des § 283 BGB. „die Überleitung des Erfüllungsanspruches" in den „Interessenanspruch". Ohne den § 283 „könnte der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung erst dann fordern, wenn die Unmöglichkeit der Leistung erwiesen oder die im Abschn. 3 Buch 8 der Zivilprozeßordnung vorgezeichnete Zwangsvollstreckung erschöpft ist. Zur Abschneidung dieses weitläufigen Verfahrens dient die Vorschrift des § 283".[1]) Auch nach den Materialien, auf die die Vertreter der Theorie des Verzugsausschlusses ein so großes Gewicht legen, soll die Vorschrift des § 283 nur die Voraussetzungen bestimmen, unter welchen der Gläubiger von der Forderung der Erfüllung zu der Forderung des Schadensersatzes übergehen kann. Die ratio legis des § 283 liegt also nicht in der Gewährung des Rücktrittsrechts.

Winterfeld nimmt an, daß auf Grund des § 283 Abs. 1 Satz 3 der Gläubiger nur das Rücktrittsrecht hat, nicht den Schadensersatzanspruch. Diese Abrede ist eigentlich die Basis von Winterfelds Konstruktion, denn die Schadensersatzansprüche belasten den Nachlaß. Der ganze praktische Wert der Theorie des Verzugsausschlusses (hier ist der Spieß umgedreht!) liegt aber nach Winterfeld darin, daß bei ihrer Annahme der Nachlaß mit keinen Nebenforderungen belastet wird: Das ist dem Erben billig, dadurch wird auch die par condicio gefördert. Wozu hätte dann der § 283 vom Standpunkte der Theorie des Verzugsausschlusses getaugt, wenn der Schadensersatz nicht ausgeschlossen wäre?

In Wirklichkeit aber verhält es sich mit dem Schadensersatzanspruch nicht so, wie es sich Winterfeld denkt. Nimmt man mit Winterfeld an, daß der Nachlaßgläubiger auf Grund des § 283 Abs. 1 von den einseitigen und auf Grund des § 325 Abs. 2 in Verb. mit § 283 Abs. 1 von den zweiseitigen Verträgen des

[1]) Kuhlenbeck S. 100; vgl. auch Neumann Bd. 1 zu § 283; Dertmann S. 104; Rehbein Bd. 2 S. 118 Nr. 105; Eck, Vorträge Bd. 1 S. 278 u. a.

Erblassers zurücktreten kann, so muß man ihm doch auch den Schadensersatzanspruch gewähren. Der § 283 Abs. 1 Satz 3 bestimmt zwar: „Die Verpflichtung zum Schadensersatze tritt nicht ein, wenn die Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den der Schuldner nicht zu vertreten hat", bei der Geltendmachung der Einreden aus §§ 2014, 2015 kann aber diese Bestimmung (schon abgesehen davon, daß diese Geltendmachung ein Umstand ist, den der Erbe zu vertreten hat) aus zwei Gründen nicht Anwendung finden. Erstens muß diese Unmöglichkeit (resp. Unvermögen, § 275 Abs. 2) eine dauernde sein. Eine zeitweise vorübergehende Unmöglichkeit schließt den Schadensersatzanspruch nicht aus.[1]) Die Geltendmachung der Einreden aus §§ 2014, 2015 begründet aber nur ein vorübergehendes (aufschiebende Einreden!) Hindernis und kann somit die Ausschließung des Schadensersatzanspruches nach § 283 Abs. 1 Satz 3 nicht begründen. Zweitens aber wird allgemein anerkannt, daß § 283 Abs. 1 Satz 3 nur dann Anwendung findet, wenn die Leistung erst nach der rechtskräftigen Verurteilung (dauernd) unmöglich geworden ist. Dieses wird übereinstimmend mit Rücksicht auf § 767 Abs. 2 ZPO. angenommen.[2]) Bei der Geltendmachung der Einreden aus §§ 2014, 2015 aber wird dieser Umstand — abgesehen von den Fällen, wo der Erblasser verurteilt war — noch vor der rechtskräftigen Verurteilung begründet sein. Der Nachlaßgläubiger hat also auch den Schadensersatzanspruch.

Das Gesagte trifft auch für die zweiseitigen Verträge zu. Im Falle des § 325 Abs. 2 braucht zwar nicht eine wirkliche dauernde Unmöglichkeit vorzuliegen, es genügt eine sogen. „fiktive" Unmöglichkeit, aber im Falle des § 325 Abs. 2 in Verb. mit § 283 Abs. 1 Satz 3 muß wiederum eine vollständige dauernde Unmöglichkeit vorliegen, und sie muß ebenfalls erst nach der rechtskräftigen Verurteilung entstehen. Auch bei zweiseitigen Verträgen hat also der Gläubiger den Schadensersatzanspruch.

---

[1]) So vor allem Planck Bd. 2 S. 88; Kuhlenbeck S. 132; auch Prot. Bd. 2 S. 332; Mot. Bd. 2 S. 50.

[2]) vgl. Planck Bd. 2 S. 89, 3; Oertmann S. 105; Kuhlenbeck S. 132 u. a.

Das alles macht aber den § 283 für die Zwecke des Verzugsausschlusses unbrauchbar.

Praktisch hat die Konstruktion Winterfelds, wenn sie auch richtig wäre, für den Nachlaßgläubiger einen viel geringeren Wert als die leichte Rücktrittsmöglichkeit auf Grund des § 326. Das Rücktrittsrecht hat nur dann Sinn, wenn es wenn auch nicht sofort, so doch bald nach der Leistungsverweigerung geltend gemacht werden kann, wie im Falle des § 326 BGB. Wie lange muß es aber dauern, bis der Gläubiger Klage erhebt, ein rechtskräftiges Urteil erwirkt, eine angemessene Zeit setzt und diese abwartet?

Und überhaupt — ist es denn wirklich nicht verfälscht zu sagen, daß der Gläubiger die Verurteilung zur Leistung erwirken muß, um das Rücktrittsrecht zu erlangen? Ist das nicht eine mehr als mißliche Konstruktion, die zur Klage auf Leistung zwingt, obgleich es von vornherein klar ist, daß das Rücktrittsrecht bezweckt wird?

Man könnte zu allen diesen Erwägungen noch eine hinzufügen. Winterfeld nimmt nämlich an, daß der Gläubiger das Rücktrittsrecht nach § 283 sich um den Preis der Prozeßkosten erkaufen muß (§ 93 ZPO.). Wozu hilft aber dann das Rücktrittsrecht den kleinen Gläubigern, deren Forderung oft nicht viel höher ist als die Prozeßkosten? Wird aber der Erbe die Schuld bestreiten, so fallen die Kosten dem Nachlasse zur Last, und beim Vorhandensein vieler Forderungen kann es den Nachlaß wirklich belasten. Das wollen aber die Vertreter der Theorie des Verzugsausschlusses nicht.

Mit dem § 283 kann somit die Theorie des Verzugsausschlusses ihre unleidlichen Konsequenzen nicht vermeiden. Nur der § 326 BGB. kann hier Abhilfe schaffen; dieser Paragraph kann aber nur bei der Annahme der Theorie des Verzugseintrittes zur Anwendung kommen.

§ 16.

Verzugs- und Prozeßzinsen.

Es ist schon oben erwähnt worden, daß eine der Folgen der Theorie des Verzugsausschlusses die ist, daß der Gläubiger

einer Geldschuld während einer langen Zeit die Verzugszinsen verliert. Forderungen, die beim Leben des Erblassers bezahlt oder um die Verzugszinsen vergrößert würden, bleiben unter Umständen fast zwei Jahre unverzinslich.[1]) Der Gläubiger konnte das Geld in Umsatz bringen, konnte es vorteilhaft anlegen, muß aber geduldig warten, bis der Erbe sich seiner erbarmt und die Forderung berichtigt. Er muß auf die Verzugszinsen trotz der Vorschrift des § 288: „Eine Geldschuld ist während Verzuges mit 4 % für das Jahr zu verzinsen" verzichten. Dem Erben aber — mag er auch von der Zahlungsfähigkeit des Nachlasses überzeugt sein — ist die Möglichkeit und der verführerische Beweggrund zum unberechtigten Genuß der Verzugszinsen eines manchmal großen Kapitals gegeben.

Schließlich wird durch den Ausschluß der Verzugszinsen die par condicio nicht nur nicht gefördert, sondern sogar verhindert. Denn es werden, wie Eccius bemerkt hat, dann bei einem nicht ausreichenden Nachlasse die Gläubiger mit später fälligen Forderungen insofern im Konkurse besser als die Gläubiger mit früher fälligen Forderungen gestellt, als sie eine etwas größere Dividende mit Unrecht erhalten, „denn eine zur Zeit der Konkurseröffnung seit Monaten gegen diesen erklärten Willen vorenthaltene Geldleistung sollte nach Billigkeitsgründen um die Zinsen vergrößert neben die erst jetzt fällig werdenden Geldleistungen in Konkurs treten".

Daß diese einfache Folge der Theorie des Verzugsausschlusses der Billigkeit entspricht, hat auch niemand von den Vertretern dieser Theorie behauptet. Stillschweigend hat Winterfeld das Gegenteil dadurch zugegeben, daß er den Mißstand auf eine andere Weise zu beseitigen versucht hat. Er will dem Gläubiger während der Fristen der §§ 2014, 2015 die Prozeßzinsen nach § 291 BGB. gewähren, obgleich er den Erben vor den Prozessen verschonen will und die Anwendung des § 291 BGB. einen Prozeß mit jedem Gläubiger zur Voraussetzung hat, eine an sich schon unbequeme Konstruktion, die übrigens bei Annahme der Theorie des Verzugsausschlusses noch dazu überhaupt nicht durchführbar ist.

[1]) vgl. Herzfelder S. 243.

§ 291 ist bekanntlich für die Fälle bestimmt, wo die Klage auf Leistung zwar schon erhoben ist, der Schuldner aber wegen solcher Umstände, die er nicht zu vertreten hat, sich nicht im Verzuge befindet. In diesen Fällen sollen die Prozeßzinsen ein Surrogat der Verzugszinsen sein. Nun bestimmt aber § 291, daß wenn die Schuld noch nicht fällig ist, die Prozeßzinsen nur von dem Eintritte der Fälligkeit an zu entrichten sind. Die autoritätvollsten Vertreter der Theorie des Verzugsausschlusses — Dernburg, Planck u. a. — behaupten aber, daß durch die Geltendmachung der Einreden aus §§ 2014, 2015 die Fälligkeit der Forderungen hinausgeschoben wird. Dadurch verliert der Nachlaßgläubiger die Möglichkeit, nach § 291 Prozeßzinsen zu verlangen.

Um dieses Hindernis zu umgehen, hat sich Winterfeld, der hauptsächlich den Zweck verfolgt, die Theorie des Verzugsausschlusses vor dem Vorwurfe praktischer Unhaltbarkeit zu schützen, der Meinung angeschlossen, daß durch Geltendmachung unserer Einreden die Fälligkeit doch nicht hinausgeschoben wird. § 291 kann dadurch wiederum zur Anwendung kommen.

Wir haben schon oben gesehen, daß die Annahme der Hinausschiebung der Fälligkeit zwar der Wirklichkeit nicht entspricht, aber eine Voraussetzung bildet, ohne die die Theorie des Verzugsausschlusses nicht bestehen kann. Nur bei dieser Annahme ist es möglich, zu erklären, warum die Geltendmachung der aufschiebenden Einreden den Verzugseintritt ausschließt. Vertritt man die Theorie des Verzugsausschlusses, so muß man notwendigerweise die Hinausschiebung der Fälligkeit annehmen und die Verurteilung des Erben ist als eine auf zukünftige Leistung zu denken.[1]) Dann kann aber von der Verpflichtung des Erben zur Zahlung der Prozeßzinsen nach § 291 nicht die Rede sein. Verneint man aber die Hinausschiebung der Fälligkeit, so muß man sich konsequenterweise zu der Theorie des Verzugseintrittes bekennen, und man braucht nicht durch Surrogate der Verzugszinsen die praktische Unhaltbarkeit der Theorie des Verzugsausschlusses zu retten suchen.

Einer der Vertreter dieser Theorie, der auch die Hinausschiebung der Fälligkeit verneint, ist aufrichtig genug, zuzugeben,

[1]) So in der Tat Binder Bd. 2 S. 110; Langheineken S. 356.

daß der Gläubiger nicht die Prozeßzinsen bekommen kann. Das ist nämlich Siber, der sagt,[1]) „daß wenn auch beim bloßen Bestehen einer materiellrechtlichen Einrede (d. h. bei der Annahme der Theorie des Verzugsausschlusses) das Auflaufen der Prozeßzinsen nicht gehindert wird, die Einrede aber bei ihrer Geltendmachung auch gegen die Prozeßzinsen mit Erfolg entgegengestellt werden kann".

Der Gläubiger bleibt also bei der Annahme der Theorie des Verzugsausschlusses nicht nur ohne Verzugszinsen, sondern auch ohne Prozeßzinsen. Abgesehen von der schon obenerwähnten Unbilligkeit dieser Folge sei hier noch auf ihre wirtschaftliche Bedeutung hingewiesen. Die Tendenz des Kapitals besteht in der Vermehrung, in der Fruchtbringung. Und jeder erzwungene Stillstand in dieser Beziehung, jede Hinderung des Umsatzes kann nur schädlich und ruinierend sowohl für den einzelnen wie auch für das ganze Wirtschaftsleben sein. Wenn man dazu noch in Betracht zieht, daß es sich bei den Nachlaßverbindlichkeiten oft um das kleine Kapital handelt (Kleinhandel, Handwerker), das nur bei Schnelligkeit des Umsatzes den kleinen Mann ernähren kann, so ergibt sich die Notwendigkeit, diesem irgendwelche Entschädigung während der Zeit, in welcher er das Kapital nicht zurückbekommen kann, zu gewähren. Und diese Entschädigung kann nur in Verzugszinsen bestehen, die aber der Nachlaßgläubiger nur bei der Annahme der Theorie des Verzugsausschlusses verlangen kann.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat dem im ganzen auch Rechnung getragen. Es ist für den kapitalistischen Verkehr bestimmt. „Die Zeit, in der wir leben", sagt Sohm, „ist eine kapitalistische ... Dieser Tatsache muß das Recht, in erster Stelle das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches gehorchen".[2]) Dieser Umstand hat seine Wirkung auch auf die Regelung des Verzuges ausgeübt: „Das bürgerliche Recht vom Verzuge ist strenger geworden. Auch im bürgerlichen Verkehr erhebt sich die Forderung kaufmännischer Praktikabilität".[3])

[1]) Siber a. a. O. S. 142/43.
[2]) Sohm a. a. O. S. 84.
[3]) Sohm a. a. O. S. 42.

§ 17.

Die Vertragsstrafe.

„Die Gegner der herrschenden Meinung (d. h. die Gegner der Theorie des Verzugsausschlusses) übersehen unbewußter- oder auch absichtlicherweise eine Verzugsfolge, die gerade zu den empfindlichsten Verzugswirkungen gehört: das Verfallen der Konventionalstrafe. Nur Strohal erwähnt sie kurz, aber in dem Sinne, daß es nicht unbillig sei, wenn der Nachlaß mit ihr belastet werde."[1]) Mit diesen Worten glaubt Winterfeld der Theorie des Verzugseintrittes einen empfindlichen Schlag zu versetzen. Jedoch wenn die Vertreter dieser Theorie die Schicksale der von dem Erblasser dem Nachlaßgläubiger versprochenen Konventionalstrafe nicht eingehend erörtert haben, so ist es sicher nicht „absichtlicherweise", etwa aus Furcht, daß der Verfall der Konventionalstrafe mit ihren Ausführungen über Billigkeitserwägungen disharmonieren würde, erfolgt, sondern weil niemand von den Vertretern dieser Theorie die Frage speziell, d. h. indem er auf alle Konsequenzen einging, untersucht hat.

Wie steht es aber damit? Vom Standpunkte der Theorie des Verzugseintrites muß der Erbe die vom Erblasser versprochene Vertragsstrafe im Falle der Verweigerung der Berichtigung auf Grund der Einreden aus §§ 2014, 2015 bezahlen. Um die Unbilligkeit dieser Konsequenz zu illustrieren, führt Winterfeld ein Beispiel an, wo die Vertragsstrafe 100 Mk. täglich beträgt und wo nach dem Vertrage ausgemacht ist, daß der Gläubiger nach dem 14tägigen Verzuge sogar von dem Vertrage zurücktreten kann. Die Konsequenz vom Standpunkte der Theorie des Verzugseintrittes: Der Nachlaß ist in 14 Tagen mit 1400 Mk. belastet, „und es steht noch dazu im Belieben des Gläubigers, die Leistung zu beanspruchen oder nach § 326 zurückzutreten. Werden die übrigen Nachlaßgläubiger, die bei Verzug des Erben nur 4% Zinsen bekommen würden, mit dieser Mehrbelastung zufrieden sein?"[2])

---

[1]) Winterfeld S. 50.
[2]) Winterfeld S. 51.

Es sei zunächst bemerkt, daß überhaupt die Erregung des Billigkeitsgefühles durch solche fingierte Beispiele, „bei welchen die Lage derjenigen Partei in concreto, für die wir in abstracto plädieren, unser Verständnis und unsere Sympathie zu erregen geeignet ist“,[1]) nicht als Beweis für die Richtigkeit der vertretenen Ansicht dienen kann.

Speziell aber die in dem von Winterfeld angeführten Beispiel ausgesprochene Befürchtung, daß die Vertragsstrafe den Nachlaß unverhältnismäßig schwer belasten kann, ist schon mit Rücksicht auf § 343 BGB. unbegründet. Wenn eine verwirkte Vertragsstrafe unverhältnismäßig hoch ist, kann sie auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Auch die Befürchtung, daß der Erbe dadurch weitere Prozesse auf den Hals bekommt, ist nicht gerechtfertigt, denn der Antrag aus § 343 kann durch eine Einrede geltend gemacht werden.[2])

Der Nachlaß kann also jedenfalls nicht „unverhältnismäßig hoch“ mit Vertragsstrafen belastet werden. Wenn er dazu noch ausreichend ist, besteht auch keine Veranlassung, die Unzufriedenheit der übrigen Gläubiger (wenn diese überhaupt da sind, was nicht immer der Fall zu sein braucht) zu befürchten.

Andererseits aber wäre es, wie Strohal bemerkt hat, unbillig, dem Nachlaßgläubiger die ihm nach dem Vertrage und nach dem Gesetz mit Recht gebührende Vertragsstrafe abzusprechen.

Im Zusammenhange mit der Konventionalstrafe stehen auch die Schadensersatzansprüche der Nachlaßgläubiger, auf welche sie bei der Annahme der Theorie des Verzugseintrittes ein Recht haben und die sie vom Standpunkte der entgegengesetzten Theorie verlieren. Auch in dieser Beziehung liegt kein Grund vor, die Schädigung der übrigen Nachlaßgläubiger zu befürchten.

---

[1]) Petrazycki Bd. 2 S. 508.

[2]) So RG. in JurW. 1903 Beilage S. 96 in Übereinstimmung mit Dernburg, Oertmann, Zitelmann, Rehbein u. a.

§ 18.

Die Gefahrtragung.

Bei Naturalleistungen wirkt die Annahme der einen oder der anderen Theorie auf die Regelung der Gefahrtragung.

Denken wir uns den folgenden Fall: Der Erblasser hat dem A ein Pferd, lieferbar am 1. Juni 1908, verkauft. Am 1. Mai stirbt der Erblasser. B wird Erbe und verweigert auf Grund der §§ 2014, 2015 die Herausgabe des Pferdes. Trotz der Mahnung ist der Erbe, bei der Annahme der Theorie des Verzugsausschlusses, von der Gefahrtragung frei. Wie Eccius sagt, wäre dies noch erträglich, „aber daß der Erbe eines zahlungsfähigen Nachlasses zum Nachteile des Gläubigers diesen Vorteil hat, wird der Gläubiger, der ohne den Todesfall auf die rechtzeitige Leistung Anspruch hatte und der sich durch Veräußerung der später eingetretenen Gefahr entzogen haben würde, wenn er das, worauf er ein Recht hatte, wirklich erhalten hätte, gewiß nicht einsehen".

Diese unbilligen Folgen können bei der Annahme der Theorie des Verzugseintrittes vermieden werden. Nach § 287 BGB. haftet der Schuldner während des Verzuges sogar für den zufälligen Untergang der geschuldeten Sache.

Auch den Vertretern der Theorie des Verzugsausschlusses ist die unbillige Verteilung der Gefahrtragung vom Standpunkte ihrer Theorie nicht entgangen. Winterfeld will dem Gläubiger durch Anwendung des § 292 helfen. Er muß also wiederum zu diesem Zwecke Klage erheben. § 292 spricht zwar von „Herausgabe eines bestimmten Gegenstandes" und bestimmt die Ansprüche des Gläubigers auf Schadensersatz wegen Verschlechterung, Untergang oder einer aus einem anderen Grunde eintretenden Unmöglichkeit der Herausgabe nach den Vorschriften, welche für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von dem Eintritte der Rechtshängigkeit an gelten. Unter der „Herausgabe" eines Gegenstandes will aber Winterfeld auch die auf Grund eines gegenseitigen Vertrages bestehende Leistungspflicht verstehen.[1])

[1]) Winterfeld S. 37.

Die Heranziehung des entsprechenden § 989 hilft aber dem Gläubiger gar nichts. Schon vor der Rechtshängigkeit haftet der Erbe nach § 276 für Vorsatz und Fahrlässigkeit. Nach § 989 würde er aber auch nur für den Schaden haften, der dadurch entsteht, daß infolge seines Verschuldens die Sache verschlechtert wird usw. Haftung für Zufall, was das wichtigste ist, ist ausgeschlossen (außer in den nicht in Betracht kommenden Fällen des unendlichen Besitzes und Erwerbes gegen ein gesetzliches Verbot [§§ 990 u. 992 BGB.]).[1]) Es ist klar: nach § 292 kann der Gläubiger die Haftung des Erben nicht verschärfen. Und, wie erwähnt, spielt bei Naturalleistungen (Tiere!) der Zufall beim Untergange die größte Rolle. Was kann nicht alles mit einem Pferd z. B. während der langen Fristen der §§ 2014, 2015 passieren? Bei Annahme der Theorie des Verzugsausschlusses muß sich der Gläubiger das alles gefallen lassen!

* * *

Mit dem oben Gesagten ist die eigentliche Aufgabe der vorliegenden Arbeit beendet. Wir haben die beiden in Frage kommenden Theorien sowohl auf Grund des Gesetzes wie auch vom Standpunkte des praktischen Lebens mit Rücksicht auf die Billigkeitserwägungen zu prüfen versucht. Das gewonnene Ergebnis: die Theorie des Verzugsausschlusses kann weder in der Wissenschaft noch in der Praxis weiter beibehalten werden, stimmt mit der von Eccius begründeten, in dem Planckschen und den Staudingerschen Kommentar vertretenen Ansicht überein.

Dieses Ergebnis wird auch von rechtspolitischen Erwägungen unterstützt. Jedes Gesetz (oder jede Auslegung des Gesetzes), das in der Psyche der Betroffenenen Motive zu eigennütziger, für die anderen schädlicher, antisozialer Handlungsweise hervorruft, ist zu verwerfen. Nur dasjenige Gesetz (oder diejenige Auslegung des Gesetzes), das in dem Betroffenen Achtung vor den fremden Rechten, Motive zu einer sozialen Handlungsweise weckt, ist anzunehmen. Nur auf diesem Wege, auf dem Wege der Erziehung

[1]) Staudinger, Komm. Bd. 3 S. 401; Planck, Komm. Bd. 3 S. 310, 3 u. a.

durch das Recht in großen und kleinen Fragen, ist das soziale Ideal der Gemeinschaft frei wollender Menschen zu erreichen.

Die Auslegung der §§ 2014, 2015 im Sinne der Theorie des Verzugsausschlusses gibt dem Erben die verführerische Möglichkeit, die begründeten Rechte der Nachlaßgläubiger zu umgehen. Sie verbürgt ihm die zivilrechtliche Straflosigkeit für die bewußte ungerechtfertigte Bereicherung auf Kosten der Nachlaßgläubiger. Sie trägt viel bei zur Bildung der unsympathischen Erscheinung, die durch den Ausdruck „der lachende Erbe" bezeichnet wird. Auch aus diesen Gründen ist die Theorie des Verzugsausschlusses zu verwerfen und die Theorie des Verzugseintrittes anzunehmen.

E. Anwendungsgebiet der Einreden aus §§ 2014, 2015.

§ 19.

Nicht jedem Erben und nicht allen Nachlaßgläubigern gegenüber stehen die Einreden aus §§ 2014, 2015 zu.

Die erste Beschränkung ist dadurch gegeben, daß die Vorschriften der §§ 2014, 2015 keine Anwendung finden, wenn der Erbe unbeschränkt, sei es allen Gläubigern, sei es einem einzelnen gegenüber, haftet.[1]) Das erstere hat Platz, wenn der Erbe die Inventarfrist versäumt hat (§ 1994 Abs. 1 Satz 2), oder absichtlich eine erhebliche Unvollständigkeit der im Inventar enthaltenen Angaben der Nachlaßgegenstände herbeigeführt hat, oder in der Absicht, die Nachlaßgläubiger zu benachteiligen, die Aufnahme einer nicht bestehenden Nachlaßverbindlichkeit bewirkt hat, oder endlich die Erteilung der Auskunft der inventaraufnehmenden Behörde verweigert oder absichtlich in erheblichem Maße verzögert hat (§§ 2003 u. 2005).[2]) Dem einzelnen Nachlaßgläubiger gegenüber haftet der Erbe unbeschränkt, wenn der Gläubiger die Leistung des Offenbarungseides nach § 2006 verlangt und der Erbe die Leistung des Eides verweigert hat (§ 2006 Abs. 2) oder zur Leistung des Eides vor dem Nachlaßgericht weder im Termin noch in einem auf Antrag des Gläubigers bestimmten neuen

[1]) vgl. Strohal S. 212.

[2]) vgl. Binder Teil 2 S. 241.

Termin erschienen ist (§ 2006 Abs. 2 Satz 2); der Erbe haftet unbeschränkt auch dem Gläubiger, dem gegenüber der Erbe ohne Vorbehalt der beschränkten Haftung verurteilt worden ist (§ 780 ZPO.)[1]) oder dem gegenüber er freiwillig auf die Beschränkung der Haftung verzichtet hat (was aber nicht gegenüber anderen Gläubigern wirkt).[2])

Gegenüber bestimmten Gruppen von Nachlaßgläubigern kann der Erbe wenn nicht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, so doch nach dem Handelsgesetzbuch unbeschränkt haften. Nach § 27 HGB. haftet der Erbe, welcher vor dem Ablauf von drei Monaten nach dem Zeitpunkt, an welchem er von dem Anfall der Erbschaft Kenntnis erlangt hat, das zu dem Nachlaß gehörende Handelsgeschäft nicht eingestellt hat, unbeschränkt für die Geschäftsverbindlichkeiten des Erblassers. Wenn der Erblasser Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft war und wenn die Gesellschaft durch seinen Tod kraft des Gesellschaftsvertrages nicht aufgelöst wird, so kann der Erbe die Stellung eines Kommanditisten verlangen (§ 139 HGB.). Tut er das nicht, so haftet er den Gesellschaftsgläubigern unbeschränkt und kann ihnen auch die Einreden aus §§ 2014, 2015 nicht entgegenstellen.[3])

Aber wenn auch der Erbe nicht unbeschränkt, sowohl allen wie auch den einzelnen Nachlaßgläubigern gegenüber haftet, kann er doch gewissen Gläubigern gegenüber die Einreden aus §§ 2014, 2015 nicht geltend machen. Das sind nämlich Gläubiger, die nach § 1971 BGB. von dem Aufgebote der Nachlaßgläubiger nicht betroffen werden. Es sind im einzelnen: a) Pfandgläubiger; b) die Gläubiger, die den Pfandgläubigern im Konkurse gleichstehen; c) Gläubiger, die bei Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen ein Recht auf Befriedigung aus diesem Vermögen haben werden, soweit es sich um die Befriedigung aus den ihnen haftenden Gegenständen handelt, und endlich d) Gläubiger, deren Ansprüche durch eine Vormerkung geschützt sind oder denen im Konkurse ein Aussonderungsrecht zusteht — in Ansehung der Gegenstände ihres Rechts.

---

[1]) vgl. Binder Teil 2 S. 241.

[2]) Strohal S. 169, 6c u. 212a.

[3]) vgl. Strohal, Erbrecht Bd. 2 S. 324/25; Binder Teil 2 S. 241.

Unter Pfandgläubigern sind dabei nur solche gemeint, die durch ein Rechtsgeschäft das Pfandrecht erworben haben. Ihnen stehen nach § 49 KO. gleich: die Reichskasse, die Staatskassen usw. wegen öffentlicher Abgaben, in Ansehung der zurückbehaltenen oder in Beschlag genommenen zoll- und steuerpflichtigen Sachen, die Inhaber gesetzlicher Pfandrechte usw. Die nähere Aufzählung aller anderen hierzu gehörenden Nachlaßgläubiger findet sich im Zwangsvollstreckungsgesetz §§ 10 u. 48, in KO. § 43, in BGB. §§ 883 ff. u. a.

Allen diesen Gläubigern gegenüber kann der Erbe die Einreden aus §§ 2014, 2015 doch geltend machen, wenn sie ihre Rechte im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder die Vormerkung im Wege der einstweiligen Verfügung erst nach dem Eintritte des Erbfalles erlangt haben (§ 2016 Abs. 2 BGB.).

Die Einreden kann der Erbe außerdem nicht geltend machen gegenüber gewissen gesetzlichen Verbindlichkeiten. Von den Einreden wird zunächst nicht betroffen der Alimentationsanspruch der Mutter aus § 1963 BGB., „da sie die Unterhaltspflicht illusorisch machen würden".[1]) Dasselbe gilt von dem sogen. Recht des Dreißigsten nach § 1969 BGB. Auch eine Reihe anderer Verpflichtungen gehören dazu, wie z. B. die Verpflichtung des Erben eines Beauftragten, dem Auftraggeber den Tod unverzüglich anzumelden und, wenn mit Aufschub Gefahr verbunden ist, die Besorgung der übertragenen Geschäfte fortzusetzen (§ 673 BGB.); dieselbe Pflicht des Erben gegenüber den Gesellschaftern, wenn der Erblasser Gesellschafter war und die Gesellschaft durch den Tod des Erblassers sich auflöst (§ 777 Abs. 2 BGB.); die Pflicht zur Vorlegung von Sachen nach §§ 809, 810 BGB. und endlich die den Erben nach § 2218 treffenden Verpflichtungen.

Das waren die Beschränkungen des Anwendungsgebietes der Einreden aus §§ 2014, 2015. Andererseits aber wird dieses Gebiet dadurch erweitert, daß das Recht, die Einreden aus §§ 2014, 2015 geltend zu machen, nicht nur dem Erben, sondern unter

---

[1]) Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 5 S. 422; vgl. auch Strohal, Erbrecht Bd. 2 S. 228; Binder Teil 2 S. 112.

Umständen auch anderen Personen zusteht. Diese Personen sind: der Nachlaßpfleger, der Nachlaßverwalter, der Testamentsvollstrecker, der Verwalter des Konkurses über das Gesamtvermögen des Erben und der Ehemann, wenn die Frau Erbin ist. Da die Rechte dieser Personen verschieden geartet sind, muß kurz über jede derselben besonders gesprochen werden.

a) Nach der Bestimmung des § 2017 beginnen, wenn vor der Annahme der Erbschaft zur Verwaltung des Nachlasses ein Nachlaßpfleger bestellt wird, die Fristen der §§ 2014 u. 2015 mit dessen Bestellung. Es ist klar, daß es vom Gesetze vorausgesetzt wird, daß auch der Nachlaßpfleger diese Einreden geltend machen kann.[1]) Nach § 991 Abs. 2 ZPO. ist dem Nachlaßpfleger ausdrücklich das Recht auf Antragstellung bezüglich des Aufgebotes der Nachlaßgläubiger gewährt. Wenn die Nachlaßpflegschaft durch Annahme der Erbschaft beendet ist, so wird der Lauf der Fristen dem Erben gegenüber ebensowohl von der Bestellung an gerechnet; sie beginnen nicht etwa mit der Annahme der Erbschaft wieder zu laufen.[2]) Es braucht nicht gesagt zu werden, daß auch bei Geltendmachung der Einreden aus §§ 2014, 2015 der Verzug nicht ausgeschlossen ist. Bezüglich der Ansprüche aus §§ 1993, 1969 u. a. gilt dasselbe wie für den Erben.

b) Auch der Nachlaßverwalter hat die Rechte aus §§ 2014, 2015 nach Boehm, „weil er sonst nicht in der Lage wäre, die Vorschriften des § 1979 zu beobachten".[3]) Aber das rechtfertigt sich schon aus dem Umstande, daß der Nachlaßverwalter den Nachlaß zu verwalten hat und folglich die Rechte des Erben wahrzunehmen berechtigt und verpflichtet ist.[4]) Es ist streitig, ob der Nachlaßverwalter (und Testamentsvollstrecker) die Einrede aus § 2015 unter Umständen auch dann geltend machen kann, wenn der Erbe unbeschränkt haftet.[5]) Strohal bejaht diese Frage mit

---

[1]) Strohal Erl. 1 zu § 2017; Strohal, Erbrecht Bd. 2 S. 231 VI; Boehm S. 405.

[2]) Strohal, Erbrecht S. 231; Boehm S. 405.

[3]) Boehm a. a. O. S. 405.

[4]) Wendt im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 86 S. 374.

[5]) Strohal, Erbrecht S. 231; Strohal, Komm. S. 104, 213 oben und 214,6.

der Begründung, daß der Nachlaßverwalter das Aufgebotsverfahren auch dann beantragen darf, wenn der Erbe unbeschränkt haftet. Der Lauf der Fristen beginnt für den Verwalter mit der Annahme der Erbschaft oder mit der Bestellung des Nachlaßpflegers, denn das eine oder das andere muß der Bestellung des Nachlaßverwalters vorangehen.

c) Da der Testamentsvollstrecker einerseits den Nachlaß nach § 2205 Satz 1 zu verwalten hat, andererseits wegen der Nachlaßverbindlichkeit belangt werden kann, so müssen ihm wie dem Nachlaßverwalter die Rechte aus §§ 2014, 2015 zugesprochen werden. Die Fristen beginnen mit der Annahme der Erbschaft oder mit der Bestellung des Nachlaßpflegers zu laufen. Eine Erleichterung zugunsten des Testamentsvollstreckers (und Nachlaßverwalters) besteht darin, daß dieser zur Geltendmachung der Einreden des Vorbehaltes der Beschränkung der Haftung im Urteile nicht bedarf (§ 780 Abs. 2 ZPO.).[1] Da nach § 2213 Abs. 2 dem Testamentsvollstrecker die Rechte aus § 1958 nicht zustehen, kann er noch vor der Annahme der Erbschaft durch den Erben die Einreden aus §§ 2014, 2015 geltend machen.[2])

d) Auch dem Verwalter im Konkurse über das Gesamtvermögen des Erben stehen die Rechte aus §§ 2014, 2015 zu. Obgleich nach § 9 KO. die Annahme oder die Ausschlagung einer vor der Eröffnung des Konkurses dem Erben zugefallenen Erbschaft dem Erben allein zusteht, so verliert er doch bei der Annahme die Verfügungsgewalt über die angefallene Erbschaft. Die Verfügungsgewalt geht nach § 6 KO. auf den Konkursverwalter über. Dieser darf insbesondere alle Maßnahmen zur Herbeiführung der beschränkten Haftung treffen (Pflicht nach § 82 KO.) und alle dem Erben gehörenden Einreden geltend machen.

e) Wenn eine Ehefrau Erbin ist und die Erbschaft gehört zu dem eingebrachten Gute (so bei gesetzlichem Güterrechte und der Errungenschaftsgemeinschaft und, handelt es sich um bewegliches Vermögen, bei der Fahrnisgemeinschaft) oder zu dem Gesamtgute (so bei allgemeiner Gütergemeinschaft und, handelt es sich um bewegliches Vermögen, bei der Fahrnisgemeinschaft), so stehen die

[1]) vgl. Gaupp-Stein Bd. 2 S. 724.

[2]) Strohal Erl. 4 zu § 2017.

Rechte aus §§ 2014, 2015 ausschließlich dem Ehemanne zu, nach Strohal,[1]) weil der Ehemann, „auch soweit dies nicht im Bürgerlichen Gesetzbuch (§ 2008) oder der Zivilprozeßordnung (§ 990) und der Konkursordnung (§ 218) ausdrücklich anerkannt ist, alle diejenigen Mittel, durch welche die Beschränkung der Haftung auf den Nachlaß herbeigeführt wird, unabhängig von der Frau geltend machen" kann. Zu diesen Mitteln gehören auch die Einreden aus §§ 2014, 2015.

F. Prozessuale Durchführung der Einreden aus §§ 2014, 2015.

§ 20.

Von der Frage, ob die Einreden aus §§ 2014, 2015 prozessualer oder materiellrechtlicher Natur sind, ist die Frage von der Durchführung der Einreden im Prozesse zu unterscheiden. Die erste Frage ist oben behandelt worden. Hier ist die letzte kurz zu untersuchen, die auch nicht unbestritten ist und deren Beantwortung in manchen Beziehungen von der Annahme der einen oder der anderen Theorie abhängt.

Wir haben nämlich schon oben gesehen, daß bei der Annahme der Theorie des Verzugsausschlusses auch angenommen werden muß, daß die Fälligkeit der Forderungen hinausgeschoben wird. Dementsprechend muß auch die Klage des Nachlaßgläubigers auf Leistung gegen den Erben und Verurteilung des letzteren als auf zukünftige Leistung ergehende gedacht werden. Von den drei Klagen nach §§ 257—259 kann der Gläubiger bei der Annahme dieser Theorie nur von der nach § 259 Gebrauch machen. Die Unhaltbarkeit dieser Konstruktion ist aber oben bewiesen worden. Es sei nur noch erwähnt, daß die Lage des Gläubigers im Prozesse bei der Annahme dieser Konstruktion die ungünstigste ist. Er muß in allen Fällen die Prozeßkosten tragen und kann nicht Prozeßzinsen verlangen. Die Klage der Nachlaßgläubiger ist vielmehr als eine auf gegenwärtige Leistung nach § 253 ZPO. zu erheben.

---

[1]) Strohal Erl. 2 zu § 2008 BGB., wo auch Näheres; vgl. auch Nauenburg S. 24, 25 und Herzfelder Erl. V zu § 1967.

Seine Verurteilung kann der Erbe auf Grund der ihm nach §§ 2014, 2015 BGB. zustehenden Einreden nicht verhindern. Sie erfolgt unter Vorbehalt der beschränkten Haftung (§ 305 ZPO.). Diesen Vorbehalt muß sich der Erbe in dem Urteil erwirken, denn er kann sich auf Haftungsbeschränkung nur dann berufen, wenn sie ihm im Urteile vorbehalten ist (§ 780).[1] Im Versäumnisverfahren gegen den Erben wird der Vorbehalt nur dann in das Urteil aufgenommen, wenn der Kläger selbst den entsprechenden Antrag gestellt hat, oder wenn es sich aus dem Vorbringen des Klägers ergibt, daß der Erbe nicht unbeschränkt haftet. Nach einer Meinung, von Gaupp-Stein vertreten, ist die Ergänzung des Urteils, wenn der Vorbehalt übersehen worden ist, zulässig.[2] Der Vorbehalt erfolgt von Amts wegen, wenn der Erbe im Prozesse den Anspruch anerkennt oder auf die Einreden aus §§ 2014, 2015 sich beruft, „denn es ist klar, daß der Erbe, der die aufschiebenden Einreden bereits im Prozesse geltend macht, auch der späteren Zwangsvollstreckung gegenüber an ihren Gebrauch denkt".[3] Unterläßt der Erbe die nötigen Schritte zur Erwirkung des Vorbehalts, so kommt er in Gefahr, dem entsprechenden Anspruch gegenüber unbeschränkt zu haften. Der Vorbehalt der beschränkten Haftung ist nicht erforderlich, wenn der Fiskus der gesetzliche Erbe ist, oder wenn das Urteil gegen den Nachlaßverwalter, Nachlaßpfleger oder den Testamentsvollstrecker erlassen ist (§ 782 ZPO. Abs. 2), oder wenn das Urteil bereits gegen den Erblasser ergangen ist.[4]

Bestritten ist, ob der Erbe die Einreden aus §§ 2014, 2015 bereits im Prozesse geltend machen soll oder erst im Stadium der Zwangsvollstreckung. Die herrschende Meinung nimmt mit Recht das zweite an. Die Bedeutung der aufschiebenden Einreden liegt hauptsächlich im Stadium der Zwangsvollstreckung. „Daß die Befriedigung des Gläubigers noch verweigert werden kann, kommt erst in dem Zwangsvollstreckungsverfahren in Wirkung . . ." Die „Einrede" des Erben „kommt für die Entscheidung des Erben in

[1]) vgl. Jaeger, Erbenhaftung S. 21.

[2]) Gaupp-Stein, Bd. 1 S. 724; bestritten von Hagen S. 63.

[3]) Winterfeld S. 70.

[4]) vgl. Hagen a. a. O. S. 65; Herzfelder S. 239; Jaeger, Erbenhaftung S. 21, 3 u. 22.

keiner Weise in Betracht".[1]) Sie muß also erst im Stadium der Zwangsvollstreckung geltend gemacht werden, wenn dem Erben die Beschränkung der Haftung vorbehalten ist.[2])

Demgegenüber behauptet Binder, daß „der Erbe vor dem Prozeßrichter sich auf die ihm durch § 2014 gewährte Frist berufen muß".[3]) Seine Meinung rechtfertigt Binder dadurch, daß aus den drei Einwendungen, die dem Erben gegen die Durchführung der Zwangsvollstreckung gewährt sind (§§ 767, 769, 770 ZPO. in Verb. mit § 785 ZPO.), zwei, nämlich die Einwendungen „gegen Art und Weise der Zwangsvollstreckung und die gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel, von vornherein ausgeschlossen sind, da es sich um eine besondere Modifikation des Anspruchs handelt und Einwendungen gegen den Anspruch selbst nur dann zulässig sind, wenn sie im Prozeß nicht mehr geltend gemacht werden konnten".[4]) Die Argumentation ist aber nicht zwingend, denn die Möglichkeit der Geltendmachung der Einreden aus §§ 2014, 2015 ist einfach in dem Vorbehalte der beschränkten Haftung eingeschlossen, der Vorbehalt gewährt das Recht ihrer Geltendmachung.[5]) Man sieht es außerdem aus der Fassung des § 780 ZPO.: Die Haftungsbeschränkung muß nur im Urteil vorbehalten werden, geltend gemacht werden kann sie später.

Auf welche Weise hat die Geltendmachung der Einreden aus §§ 2014, 2015 zu erfolgen, wenn der Nachlaßgläubiger eine Verurteilung des Erben erwirkt hat? Nach § 781 ZPO. wird bei Zwangsvollstreckung gegen den Erben die Beschränkung der Haftung nicht berücksichtigt, bis auf Grund derselben gegen die Zwangsvollstreckung von dem Erben Einwendungen erhoben werden. Diese Einwendungen werden nach den Bestimmungen der §§ 767, 769, 770 ZPO. erledigt. Sie werden also in Form einer Klage

---

[1]) Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 379; auch Eccius bei Gruchot Bd. 44 S. 607.

[2]) Ebenso Strohal S. 210b; Herzfelder S. 239 unten; Hachenburg, Vorträge S. 70.

[3]) Binder Teil 2 S. 110.

[4]) Binder Teil 1 S. 110.

[5]) vgl. Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 379 Anm. 20; Rauenburg S. 28.

bei dem Prozeßgerichte erster Instanz erhoben, und das Gericht wird in dem Urteile, das über die Einwendungen entscheidet, anordnen, daß die Zwangsvollstreckung auf die Arrestmaßregeln beschränkt werden muß (vgl. §§ 930 ff. ZPO.). In dem Urteile wird auch die Frist der Beschränkung festgestellt werden. Im Falle des Antrages auf die Beschränkung des Konkurses kann aber die Beschränkung der Zwangsvollstreckung bis zu der rechtskräftigen Entscheidung über die Eröffnung des Konkursverfahrens aufrechterhalten werden (§ 782 Satz 2 ZPO.). Wird der Konkurs nach dem Ablaufe der Frist eröffnet, so kann die Zwangsvollstreckung wegen §§ 14 u. 221 KO. nicht fortgeführt werden. Wie umständlich das Verfahren nach § 785 ZPO. ist, hat schon Eccius[1]) nachgewiesen. Es ist eine Anhäufung von drei, nach Hagens Meinung von vier Klagen möglich.

Was die Prozeßkosten anbetrifft, so sind die Stimmen in der Wissenschaft und Praxis geteilt. Nach der einen Meinung[2]) fallen die Prozeßkosten, wenn der Erbe den Anspruch des Nachlaßgläubigers sofort anerkennt, dem Gläubiger zur Last. Nach der anderen Meinung[3]) ist diese Auslegung des § 93 ZPO. insofern unrichtig, als dabei die Worte „hat der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben" übersehen werden. Nach dieser Meinung gibt der Erbe nur dann keine Veranlassung zur Klage, wenn er dem Gläubiger eine vollstreckbare Ausfertigung gewährt. Diese letzte Ansicht scheint insofern nicht die richtige zu sein, als sie an Stelle der „Veranlassung zur Klage" die „Sicherheitsleistung" setzt. Der Schuldner kann aber, ohne Sicherung der Forderung zu gewähren, doch keinen Anlaß zur Klage geben. Und wenn der Erbe den Anspruch anerkennt, so gibt er im Sinne des § 93 ZPO. keinen Anlaß zur Klage.

---

[1]) Eccius bei Gruchot Bd. 43 S. 608; O. Hagen S. 69; Gaupp-Stein Bd. 2 S. 519, 4.

[2]) Gaupp-Stein Bd. 1 u. a.; vgl. auch RGG. Bd. 3 S. 435, 131 f.

[3]) Herzfelder, Hagen u. a.; vgl. auch Posener Juristische Monatsschr. 1906 S. 97.

G. Andere Rechte.

§ 21.

Kein anderes Recht gewährt dem Erben einen so weitgehenden Schutz wie das Bürgerliche Gesetzbuch. Die Überlegungsfrist vor der Annahme der Erbschaft ist zwar vielen Rechtssystemen bekannt; auch kennen andere Rechte Deliberationsfristen während der Errichtung des Inventars; endlich ist auch ihnen eine kurze, meistens 14tägige Deliberationsfrist nach der Errichtung des Inventars bekannt — nirgends aber kann der Erbe während einer fast zweijährigen Frist die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten verweigern.

Zunächst das römische Recht! Justinian hat das bekannte beneficium inventarii eingeführt. Binnen eines Monats, nachdem der Erbe von der Berufung Kenntnis erlangt hat, muß er mit der Inventarerrichtung beginnen und muß die letztere binnen zwei weiteren Monaten beenden.[1]) Während dieser Frist kann der Erbe weder gerichtlich noch außergerichtlich wegen der Nachlaßschulden belangt werden.[2]) Fuchs, der die angeführte Stelle speziell untersucht hat, hat bewiesen, daß diese Einreden materiellrechtliche sind, und hat dabei die Ansicht geäußert, daß ihre Geltung auch im Bürgerlichen Gesetzbuch fortdauert.[3]) Später aber[4]) hat Fuchs die römischrechtliche Vorschrift der l. 21 § 11 C. 6, 30 den Bestimmungen der §§ 2014, 2015 als prozessualen entgegengestellt. Die erste Vorschrift, die jede Verfolgung einer Nachlaßschuld verbietet, ist eine materiellrechtliche, die letzten aber, die die Mahnung, Klageerhebung, Verurteilung und Zwangsvollstreckung erlauben, sind prozessualrechtliche.

Der code civil gibt dem Erben eine Überlegungsfrist von drei Monaten, die zugleich aber die Zeit der Inventarerrichtung ist (Art. 795), und nach Ablauf dieser Frist resp. nach der früher erfolgten Inventarerrichtung eine 40tägige Bedenkzeit. Auch im

---

[1]) l. 22 § 23 C. 6, 30.
[2]) l. 22 § 11 C. 6, 30.
[3]) Fuchs in Buschs Zeitschr. Bd. 23 S. 445 ff.
[4]) Fuchs im Recht 1905 S. 339.

code civil zeigt sich die materiellrechtliche Natur der daraus entstehenden Einreden darin, daß während dieser Fristen die Verurteilung des Erben ausgeschlossen ist (Art. 197). Nach der Annahme der Erbschaft können die Nachlaßverbindlichkeiten gegen den Erben überhaupt ganz auf dieselbe Weise verfolgt werden wie gegen den Erblasser.

Es sei am Ende gestattet, einen Blick auf das geltende russische Privatrecht zu werfen. Dieses kennt überhaupt keine Beschränkung der Haftung des Erben für die Nachlaßschulden. Der Erbe kann zwar die Erbschaft ausschlagen, hat er sie aber angenommen, so haftet er unbeschränkt mit dem eigenen Vermögen. Auch kennt das russische Privatrecht keine Überlegungs- und Deliberationsfristen (sondern nur eine einmonatige Überlegungsfrist der Erben der Kaufleute). Maßgebend ist zunächst die im „Obligationenteil" („Obligationen aus Verträgen") enthaltene Bestimmung: „Verträge über Vermögen haben dieselbe Wirkung sowohl für die sich verpflichtende Person wie auch für ihre Erben gemäß der erhaltenen Erbschaft, wenn sie dieselbe nicht ausgeschlagen haben". (Kodex der Gesetze Bd. 10 Teil 1 § 1343; zu bemerken ist, daß „Verträge über Vermögen" hier nicht etwa im Sinne der §§ 310, 311 oder 419 BGB. verstanden werden dürfen, sondern im Sinne von Verträgen, die auf einen Vermögenswert gerichtet sind [Art. 1544]. Der Ausdruck „gemäß erhaltener Erbschaft" bedeutet: „gemäß dem erhaltenen Anteil der Erbschaft".) Die entsprechende erbrechtliche Bestimmung lautet: „Aber mit dem Vermögen und den Rechten gehen auf denjenigen, der die Erbschaft angenommen hat, auch die Verbindlichkeiten über: 1. die Schulden des Verstorbenen gemäß seinem Erbschaftsanteil zu zahlen und im Falle der Dürftigkeit mit dem eigenen Kapital und Vermögen zu haften; 2. die Verbindlichkeiten aus den Verträgen mit dem Fiskus und mit Privatpersonen zu erfüllen und die sich als auf dem Erblasser ruhend herausstellenden Fehlbeträge und Lasten zu berichtigen; 3. die gerichtlichen Gebühren und Bußen, welche beim Leben nicht berichtigt wurden, zu berichtigen, und 4. überhaupt zu haften für die Vermögensansprüche" (Art. 1259). Der Erbe haftet also genau in demselben Umfange wie der Erblasser.

H. Ergebnisse.

§ 22.

Die Ergebnisse der vorliegenden Arbeit lassen sich kurz folgendermaßen zusammenfassen:

1. Die in den Materialien ausgesprochenen Ansichten der Mitglieder der gesetzgebenden Faktoren sind für die Auslegung des Gesetzes nicht bindend. Infolgedessen ist auch die Meinung der Protokolle für die Entscheidung der Streitfrage nicht bindend.
2. Durch die Geltendmachung der Einreden aus §§ 2014, 2015 wird die Fälligkeit der Nachlaßforderungen nicht hinausgeschoben. Folglich kann der Verzugsausschluß nicht nach § 284 BGB. erklärt werden.
3. Die Geltendmachung der Einreden aus §§ 2014, 2015 ist ein Umstand, den der Erbe zu vertreten hat. Damit entfällt die Exkulpation nach § 285 BGB.
4. Der Erbe kann gemäß §§ 293, 298 in Annahmeverzug geraten. Es liegt also kein Grund vor, den Leistungsverzug des Erben zu verhindern zu suchen.
5. Die Geltendmachung einer materiellrechtlichen Einrede schiebt die Fälligkeit der Forderung hinaus. Da dies bei den Einreden aus §§ 2014, 2015 nicht der Fall ist, können sie nicht als materiellrechtliche gedacht werden.
6. Nach § 202 Abs. 2 haben die Einreden aus §§ 2014, 2015 nicht die den materiellrechtlichen Einreden zukommende Eigenschaft: Durch ihre Geltendmachung wird die Verjährung der Nachlaßforderungen nicht gehemmt.
7. Die Wirkung der Einreden aus §§ 2014, 2015 besteht nur in der Beschränkung der Zwangsvollstreckung nach § 782 ZPO. Infolgedessen ist die Fassung der §§ 2014, 2015 völlig belanglos.
8. Beim Bestehen einer materiellrechtlichen Einrede hat der Berechtigte das Recht, die Leistung zu verweigern. Nach §§ 2014, 2015 aber hat der Erbe nur das begrenzte Recht, „die Berichtigung der Nachlaßforderungen zu verweigern",

d. h. das Recht, den letzten Moment der Zwangsvollstreckung zu verhindern.

9. Forderungen, denen eine materiellrechtliche Einrede entgegensteht, sind nicht kompensabel. Die Nachlaßforderungen können aber trotz der Geltendmachung der Einreden aus §§ 2014, 2015 von dem Nachlaßgläubiger aufgerechnet werden.
10. Die Einreden aus §§ 2014, 2015 sind keine materiellrechtlichen Einreden, sie hindern also auch den Verzug des Erben nicht.
11. Eine Reihe praktischer unhaltbarer Konsequenzen aus der Theorie des Verzugsausschlusses spricht gegen deren Annahme.
12. Insbesondere kann der Nachlaßgläubiger bei der Annahme der Theorie des Verzugsausschlusses trotz Nichterfüllung von dem mit dem Erblasser geschlossenen Vertrage nicht zurücktreten.
13. Bei der Annahme der Theorie des Verzugsausschlusses werden die Nachlaßgläubiger mit früher fälligen Forderungen besser als die mit später fälligen gestellt.
14. Die Gläubiger verlieren bei der Annahme der Theorie des Verzugsausschlusses während der langen Fristen der §§ 2014, 2015 den Genuß der Verzugszinsen. Sie können auch nicht die Prozeßzinsen beanspruchen.
15. Die Nachlaßgläubiger verlieren bei der Annahme der Theorie des Verzugsausschlusses die ihnen mit Recht gebührenden Vertragsstrafen und Schadensersatzansprüche.
16. Bei Naturalleistungen müssen die Nachlaßgläubiger bei der Annahme der Theorie des Verzugsausschlusses die Gefahr für den zufälligen Untergang der Sachen tragen.
17. Alle diese praktisch unhaltbaren Konsequenzen werden bei der Annahme der Theorie des Verzugseintrittes vermieden.
18. Es ist auf Grund des Gesagten zu wünschen, daß die Wissenschaft die Theorie des Verzugseintrittes beibehält und weiter entwickelt.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.